Das Verbot rückwirkender Strafgesetze in seiner geschichtlichen Entwicklung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Johann Wolfgang Goethe-Universität

zu Frankfurt am Main

vorgelegt von

ERICH NAZARENUS

Gerichtsreferendar

aus Darmstadt.

19 38

Hergestellt bei Albrecht Beck, Frankfurt-Süd, Schweizerstr. 50

Referent: Professor Dr. Wilhelm Claß.

Korreferent: Professor Dr. Friedrich Giese.

Tag der mündlichen Prüfung: 1. Juli 1938.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546424_0033

Inhaltsübersicht.

Seite

Verzeichnis des benutzten Schrifttums 7

I. Abschnitt: Einführung. Klärung von Vorfragen und Begriffen. . 15

A. Einleitung: Der Zweck der Arbeit 15

B. Der Begriff der Rückwirkung. Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze. Die Abgrenzung der Aufgabe 17

1. Der Begriff der Rückwirkung 17

2. Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze 19

3. Die Abgrenzung der Aufgabe 21

C. Die verschiedenen Ansichten über den Grundsatz der Rückwirkung im Strafrecht 22

Anhang: Das Problem der Rückwirkung im Strafprozeßrecht und im Zivilrecht 23

II. Abschnitt: Die geschichtliche Entwicklung des Grundsatzes bis zum Ausgang des 17. Jahrhunderts 28

A. Das römische und kanonische Recht 28

1. Das Strafrecht des römischen Freistaates 28

2. Die Kaiserzeit 34

3. Das kanonische Recht 37

a) Corpus iuris canonici 37

b) Codex iuris canonici 38

4. Die Fortbildung des röm. Rechts bis zum 17. Jahrhundert 39

B. Das Deutsche Recht 42

1. Bis zur Carolina 42

2. Von der Carolina bis zum 18. Jahrhundert 45

a) Die Gesetzgebung 45

aa) Das Reichsrecht 45

bb) Das Landesrecht 46

b) Die Praxis 50

c) Die Wissenschaft 51

III. Abschnitt: Der Einfluß des Naturrechts und der Aufklärung . 53

A. Allgemeine Grundlegung 53

B. Die staatsrechtliche Wurzel des Verbots rückwirkender Strafgesetze 54

1. Die Lehre vom Staatsgründungsvertrag und die Ausbildung des Freiheitsbegriffes als Grundlagen 54

2. Montesquieus Lehre und das Verbot rückwirkender Gesetze 54

3. Lockes Lehre und das Verbot rückwirkender Gesetze . 56

4. Zusammenfassung 58

5. Die Auswirkungen der Lehren. Die gesetzliche Niederlegung des Verbotes rückwirkender Strafgesetze 58

a) In Nordamerika 58

b) In Frankreich und Deutschland 61

Seite

C. Die strafrechtliche Wurzel des Verbotes rückwirkender Strafgesetze 66
1. Entstehung relativer Strafrechtstheorien als Anlaß . . 66
2. Die relative Strafrechtstheorie und Rückwirkung, dargelegt nach der Theorie Feuerbachs 68
D. Die Rückwirkung des milderen Gesetzes 70

IV. Abschnitt: Das Verbot rückwirkender Strafgesetze bis zur nationalsozialistischen Revolution 70
A. Ausnahmslose Verwirklichung der Forderungen des 18. Jahrhunderts durch den Gesetzgeber 70
B. Fast ausnahmslose Anerkennung in der Wissenschaft . . 73
a) Allgemeine Bemerkungen 73
b) Die Begründungen des Verbots rückwirkender Strafgesetze 74
c) Die Gegner, insbesondere Binding und Träger . . . 88
d) Die Stellungnahme der Entwürfe 93
e) Zusammenfassendes Ergebnis des IV. Abschnittes . . 96

V. Abschnitt: Die Lösung der Frage im nationalsozialistischen Staat 96
A. Die Meinungsäußerungen im Schrifttum und die neue Gesetzgebung 96
B. Die Vorschläge der Denkschrift des Preußischen Justizministers und der amtlichen Strafrechtskommission. — Abschließende Bemerkungen 98

Verzeichnis des benutzten Schrifttums.

Abegg: Über das Verhältnis neuer Gesetze zu früher vorgenommenen Handlungen, im Criminalrechte. In: Neues Archiv des Criminalrechts. Bd. 13, H. 4, Nr. XVIII, S. 467 — 501. Halle 1831.

Albericus de Rosciate: Comm. super Codice. Lugduni 1545.

Appiani: Romanarum historiarum Volumen II, Historiam bellorum civilium. Lipsiae 1785.

Archives Parlamentaires de 1789 — 1860, Sér. I (1789 à 1799) Tom. 8.

Aschrott und Kohlrausch: Reform des Strafrechts. Krit. Besprechung d. Amtl. Entwurfs eines Allg. Dt. StGB. Berlin u. Leipzig 1926. Darin: Mendelssohn-Bartholdy: Das Strafgesetz.

Bar, Ludwig von: Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. 1. Das Strafgesetz. Berlin 1906.

Bartolomaei a Saliceto Opera omnia. Francofurti 1615. — Darin: Commentaria utimissima et castigatissima super toto codice.

Bartolus de Sassoferrato: In Digestum Vetus in quo a principio Secundae Partis in finem usque, . . . Lugduni 1563.

Bauer, Anton: Lehrbuch des Naturrechts. Marburg 1808.

Bauer, Anton: Über die Grenzen der Anwendbarkeit des Code Napoleon auf die während seiner Gültigkeit in deutschen Ländern entstandenen Rechtsverhältnisse. Göttingen 1814.

Bauer, Anton: Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse. Göttingen 1840. — Bd. 1,2. Abhandlung: Von dem Strafgesetze.

Bayl, Georg: Beyträge zum Criminalrecht. Th. 1. Bamberg u. Würzburg 1813.

Beccaria, Cesare: Dei delitti e delle pene. Ausg. Milano 1801. Deutsche Ausg. von Dr. Karl Esselborn. Leipzig 1905.

Bekker, Ernst Immanuel: Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts. Bd. 1. Leipzig 1859.

Belrichard, Arnold: Das zeitliche Geltungsgebiet der Strafrechtssätze. Zürich, Diss. 1928.

Bentham, Jeremias: Grundsätze der Civil- und Criminalgesetzgebung, aus den Handschriften hrsg. von Dumont, nach d. 2. Aufl. für Deutschland bearb. u. mit Anm. vers. von Beneke. Bd. 1. 2. Berlin 1830.

Bergmann, Friedrich: Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrechte. Hannover 1818.

Berlich: Decisiones aurae, pars II. Lipsiae et Francofurti 1699.

Berner, Albert Friedr.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 15. Aufl. Leipzig 1888.

Berner, A. F.: Wirkungskreis des Strafgesetzes, nach Zeit, Raum und Personen, besonders von der Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen, ... von der Rückwirkung der Strafgesetze und vom Rechtsirrtum. Berlin 1853.

Binding, Karl: Die Normen und ihre Übertretungen. 2. Aufl. Leipzig 1890. Bd. 1. Normen und Strafgesetze.

Binding, Karl: Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. Leipzig 1885.
Binding, Karl: Grundriß des deutschen Strafrechts. Allg. Teil. 8. Aufl. Leipzig 1913.
Birnbaum: Bemerkungen über einige zum Behufe der Lehre von der Rechtsunkenntniss gemachte Eintheilungen der Verbrechen und Strafgesetze. In: Neues Archiv des Criminalrechts. Bd. 11. Halle 1830. S. 101 — 142, bes. S. 120 ff.
Blackstone, William: Commentaries on the laws of England. Oxford 1765.
Blondeau, Henri: Über die rückwirkende Kraft des Gesetzes. Düsseldorf 1810.
Boehmer, J. S. Fr.: Mediones in Constitutionem Criminalem Carolinam. Halle 1770.
Borst, J. N.: Über die Anwendung neuer Gesetze auf früher entstandene Rechtsverhältnisse. Bamberg 1814.
Bunge, K.: Das italienische StGB. v. 19. Okt. 1930. In deutscher Übersetzung von . . . . . Berlin u. Leipzig 1933. (Samml. außerdeutscher Strafgesetzbücher. Nr. 50.)
Carpzow, Benedict: Practica nova rerum criminalium imperialis saxonica in tres partes. 1758.
M. Tulli Ciceronis Scripta quae manserunt omnia. Lipsiae: Teubner 1923.
Codex Augusteus oder Neuvermehrtes Corpus Iuris Saxonici . . . . . Hrsg. v. J. Chr. Lünig. Lpz. 1724 ff.
Codex Iuris Canonici. Auct. Promulg. Romae 1917.
Codices Gregorianus Hermogenianus Theodosianus. Ed. Gustavus Haenel. Lipsiae 1842.
Connanus: Comment. in decretalia. Venetiis 1508.
Consilia et responsa Facult. Jurid. Tubingensis, Vol. I, IV und VIII. — Tubingae, Francofurti et Giessae 1721, 1723, 1741.
Corpus Constitutionum Marchicarum oder Königl. Preuss. und Churf. Brandenb. und der Chur- und Marck Brandenburg . . . Ordnungen, Edicta, Mandata . . . von Otto Mylius. T. 1 — 3. Berlin 1737 ff.
Corpus Iuris Canonici. Ed. Lipsiensis secunda (von Friedberg). Lipsiae 1881.
Corpus Iuris Civilis. Ed. stereot. nona. Vol. 2. Codex Justinianus recogn. et retract. Paulus Krueger. Berolini 1915.
Corpus Iuris Civilis. Ed. stereot. quinta decima. Vol. 1. Institutiones, Digesta. Berolini 1928.
Corpus Iuris Civilis. D. Eduardi Osenbrüggen Pars 3. Novellas et reliqua continens. Impr. 6. Lipsiae 1854.
Decisiones supremi trib. provocat. Hasso-Casselani. Tom. 1. Kassel 1768.
Denkschrift des Preuß. Justizministers. Nationalsozialistisches Strafrecht. Berlin 1933.
Dohna, Alexander Graf zu: Das Strafprozeßrecht. 3. neubearb. Auflage. Berlin 1929.

Eichmann, Eduard: Das Strafrecht des Codex Iuris Canonici. Paderborn 1920.
Elvers, Kurt: Die Bedeutungen des Satzes nulla poena sine lege in seiner historischen Entwicklung. Göttinger Diss. o. J.
Emminghaus, Gustav: Corpus Iuris Germanici. Jena 1844.
Engau, Rudolphus: Elementa iuris criminalis germanico-carolini // ex genuinis fontibus deducta . . . observat. addidit August Hellfeld. Ed. Septima, Jenae 1777. (Die 1. Aufl. ist von 1748.)
Engelhard: Die Verfassungen der Vereinigten Staaten Nordamerikas. Frankfurt a. M. 1834. Bd. 1. 2.
Entwürfe zu einem Deutschen StGB. Berlin 1921.
T. 1: Entwurf der Strafrechtskommission (1913).
T. 2: Entwurf von 1919.
T. 3: Denkschrift zu dem Entwurf von 1919.
Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung. Berlin 1925.
Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung und zwei Anlagen. Berlin 1927.
Farinacius, Prosperus: Fragmenta criminalia, omnibus iurisconsultis tam theoricis quam practicis apprime utilia. Noribergae 1646.
Fehr, Hans: Deutsche Rechtsgeschichte. 2. verb. und erg. Aufl. Berlin und Leipzig 1925.
Feuerbach, Anselm Ritter von: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts. 14. sehr verm. und völlig umgearb. Originalausgabe, hrsg. von C. J. A. Mittermaier. Gießen 1847.
Feuerbach, Anselm Ritter von: Über die Strafe als Sicherungsmittel. Chemnitz 1800.
Finger, August: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 1. Berlin 1904.
Förster, Edgar: Der Einfluß der universalistischen Rechts- u. Staatsauffassung auf die beiden Rechtssätze nullum crimen sine lege u. nulla poena sine lege. Breslau, Diss. 1934 (abgeschl. Ende Okt. 1933).
Förster, Edgar: Aufsatz in: Der junge Rechtsgelehrte. 1935, S. 18 ff.
Frank: In Münchener Festgabe für K. von Birkmeyer, Archiv für Strafrecht und Strafprozeß Bd. 65 (1917).
Franke: Das Deutsche Strafgesetzbuch und die Strafsachen aus Handlungen der Zeit vor dessen Gesetzeskraft in: Goltdammers Archiv Bd. 20, 1872. S. 14—70.
Gàl, Alexander: Die Summa legum brevis, levis et utilis des sog. Doctor Raymundus von Wiener-Neustadt. Weimar 1926.
Gandinus, Albertus: Tractatus de maleficiis (entstanden vor 1300), abgedruckt in Kantorowicz, Hermann U.: Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik. Bd. 2. 1926.
Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs aufgestellt von Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt, Goldschmidt. Berlin 1911.
Geib, Gustav: Lehrbuch des Deutschen Strafrechs. Bd. 2. Leipzig 1862.
Geib, Gustav: Geschichte des römischen Criminalprozesses bis zum Tode Justinians. Leipzig 1842.

Gerland, Heinrich: Kritische Bemerkungen zum Allg. Teil des StGB.-Entwurfes 1919. Tübingen 1921.
Gerland, Heinrich: Der Entwurf 1925. Allg. Teil. Berlin u. Leipzig 1925.
Gerland, Heinrich: Der deutsche Strafprozeß. Eine system. Darstellung Mannheim, Berlin, Leipzig 1927.
Germanenrechte. Texte und Übersetzungen. (Schriften d. Akademie f. Dt. Recht. Gruppe Rechtsgeschichte.) Weimar 1935 ff.
Geyer, August: Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. München 1884.
Globig, Hans Ernst von und Johann Georg Huster: Abhandlung von der Criminalgesetzgebung. Eine v. d. Ökonom. Gesellschaft in Bern gekrönte Preisschrift. Zürich 1783.
dieselben: Vier Zugaben zu der im Jahre 1782 von der Ökonom. Gesellschaft zu Bern gekrönten Schrift von der Criminalgesetzgebung. Altenburg 1785.
Gmelin, Christian Gottlieb: Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen. Tübingen 1785.
von Gönner und von Schmidtlein: Jahrbücher der Gesetzgebung und der Rechtspflege im Königreiche Baiern. Bd. 1. Erlangen 1818.
Goeppert, H.: Das Prinzip: „Gesetze haben keine rückwirkende Kraft" geschichtl. und dogmat. entwickelt. Aus d. Nachl. d. Verf. hrsg. v. E. Eck in: Jahrbücher f. d. Dogmatik d. heut. röm. und deutschen Privatrechts. Hrsg. v. Ihering. Bd. 22, 1884. S. 1ff.
Goltdammer: Die Materialien zum Strafgesetzbuch f. d. preuß. Staaten . . . T. 1. Berlin 1851.
Gürtner, Franz: Das kommende deutsche Strafrecht. Allgm. Teil. Bericht üb. d. Arbeit d. amtl. Strafrechtskommission. 2. Aufl. Berlin 1935. Darin: Nullum crimen sine poena (Das Recht als Grundlage der Bestrafung. Zeitl. Geltung d. Strafgesetze) von Karl Schäfer.
Hälschner, Hugo: System des Preuß. Strafrechts. Th. 1. Bonn 1858.
Hälschner, Hugo: Das gemeine deutsche Strafrecht, systemat. dargest. Bd. 1. 1881.
Hafter, E.: Gesetzesänderung und milderes Recht, in: Festgabe zum Schweizer Juristentag 1928. S. 128 ff. Zürich 1928.
Hatschek: Englisches Staatsrecht. Bd. 1. Die Verfassung. Tübingen 1905.
Hatschek, Julius: Englische Verfassungsgeschichte bis zum Regierungsantritt der Königin Viktoria. München u. Berlin 1913.
Hefftter, August Wilhelm: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes, mit Rücks. auf ältere deutsche Landesrechte. 5. Aufl. Braunschweig 1854.
Hennings, Herbert: Die Entstehungsgeschichte des Satzes nulla poena sine lege. Göttinger Diss. 1933.
Hippel, Robert von: Deutsches Strafrecht.
Bd. 1. Allg. Grundlagen. Berlin 1925.
Bd. 2. Das Verbrechen. Allg. Lehren. Berlin 1930.
Hollweck: Die kirchlichen Strafgesetze. Mainz 1899.

Hudtwalcker und Trummer: Criminalistische Beyträge. Eine Zeitschrift in zwanglosen Heften. Bd. 3. Hamburg 1827. — H. 2. Zur Philosophie des Rechts und insbesondere des Strafrechts. Ein Versuch von C. Trummer.
Jarcke, Carl Ernst: Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, mit Rücks. auf d. Bestimmungen d. preuß., österr., bayr. und franz. Strafgesetzgebung. Bd. 1. Berlin 1827.
Jellinek, Georg: Die Erklärung der Menschen- u. Bürgerrechte. 5. Auflage. Berlin 1927.
Kant, Immanuel: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Königsberg 1797.
Kantorowicz, H. A.: Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik. Bd. 2. Berlin u. Leipzig 1926.
Klein, Ernst Ferdinand: Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts nebst Bemerkung der preuß. Gesetze. 2. Aufl. Halle 1799.
Klein, Ernst Ferdinand: Allgemeine Verordnungen, welche an der Spitze des französischen Gesetzbuches von Strafen und Verbrechen stehen, nebst einigen Bemerkungen darüber. In: Archiv des Criminalrechtes. Bd. 1. 1799. S. 79 ff.
Kleinschrod, Gallus Aloys: Systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der pos. Gesetzgebung. 3. verm. u. verb. Aufl. Th. 1—3. Erlangen 1805.
Knust, H.: Montesquieu und die Verfassungen der Vereinigten Staaten von Amerika. München u. Berlin 1922.
Köhler, August: Deutsches Strafrecht. Allg. Teil. Leipzig 1917.
König, Heinrich Johann Otto: Lehrbuch der allgemeinen juristischen Literatur. Bd. 1. 2. Halle 1785.
Köstlin, C. Reinhold: Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts. Tübingen 1845.
Köstlin, C. Reinhold: System des deutschen Strafrechts. Allg. Theil. Tübingen 1855.
Kress, Johann Paul: Commentatio succincta in Constitutionem Criminalem Caroli V. Hannover 1721.
Kries, August von: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts. Freiburg im Breisgau 1892.
Lehmann, Oscar: Das zeitliche Herrschaftsgebiet der Strafrechtssätze namentlich mit Rücksicht auf das schweizerische Strafrecht. Berner Diss. 1895.
Leipziger Kommentar von Ebermayer, Lobe, Rosenberg. 5. Aufl. Berlin u. Leipzig 1933. Bd. 1. Lobe: Allg. Teil.
Lengle, Josef: Römisches Strafrecht bei Cicero und den Historikern. Leipzig u. Berlin 1934.
Leyser, Aug.: Meditationes ad Pandectas. Leipzig 1717 ff.
Liszt, Franz von: Strafrechtl. Aufsätze und Vorträge. Bd. 2. Berlin 1905. Darin Nr. 19: E. F. Klein und die unbestimmte Verurteilung. Ein Beitrag zur preuß. Kriminalpolitik des 19. Jahrhunderts. (Rektoratsrede 1894.)

Liszt, Franz von: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl. besorgt von Eberh. Schmidt. Berlin u. Leipzig 1927.
Locke: Two treatises on Government. London 1812.
Mannhardt, W.: Rückwirkende Kraft von Strafgesetzen. In: Juristische Wochenschrift 1933, S. 263.
Marezoll, Theodor: Das gemeine deutsche Criminalrecht, als Grundlage der neueren deutschen Strafgesetzgebungen. 3. vielfach umgearb. Aufl. Leipzig 1856.
Martin, Christoph: Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminal-Prozesses. 5. Ausg. von Temme. Leipzig u. Heidelberg 1857.
Mayer, Hellmut: Das Strafrecht des Deutschen Volkes. Stuttgart 1936.
Merkel, Adolf: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
Merkel, Adolf: Die Lehre von Verbrechen und Strafe. Hrsg. v. Liepmann. Stuttgart 1912.
Mommsen, Theodor: Römische Geschichte. 5. Aufl. Bd. 2. Berlin 1868.
Mommsen, Theodor: Römisches Strafrecht. Leipzig 1899.
Montesquieu: De l'esprit des lois. Paris 1803.
München, Nic.: Das kanonische Strafrecht, II, 1874.
Nicolai: Rückwirkende Kraft von Strafgesetzen. In: Juristische Wochenschrift. 1933, S. 2315 f.; 1934, S. 207.
Peters, Karl: Nationalsozialismus und Strafrecht. In: Juristische Wochenschrift. 1933, S. 1560 ff.
Poll, van de: De vi legis novae in criminum antea commissorum poenas, condemnationes et persecutiones. Amstelodami 1834. Besprochen in Archiv d. Criminalrechts N. F. 1834. S. 298 ff.
Poore, Ben. Perley: The Federal and State Constitution, colonial charters and other organic laws of the United States. Compiled and on order of the United States Senate. Bd. 1. 2. Washington 1877.
Pulvermacher: Über die rückwirkende Kraft des milderen Strafgesetzes und über die Wirkung des neuen Civilgesetzes auf den Thatbestand früherer strafbarer Handlungen. In: Goltdammers Archiv. Bd. 19. 1871. S. 5 — 18.
Quistorp, Johann Christoph von: Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. 5. verm. u. verb. Aufl. Rostock u. Leipzig 1794.
Rein, Wilhelm: Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus. Leipzig 1844.
Rosshirt, C. F.: Lehrbuch des Criminalrechtes, nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts u. m. bes. Rücks. auf die Darst. d. römischen Criminalrechts. Heidelberg 1821.
Sack, Alfons: Der Reichstagsbrand-Prozeß. Berlin 1934.
Savigny, Friedrich Carl von: System des heutigen römischen Rechts. Bd. 8. Berlin 1849.
Savigny, Friedrich Carl von: Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter. Bd. 6. Heidelberg 1850.
Schmid, Reinhold: Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen im Gebiete des bürgerlichen und peinlichen Rechts. Jena 1863.

Schönborner: Politicorum libr. III. Lipsiae 1610.
Schottlaender, Adolf: Die geschichtliche Entwicklung des Satzes: nulla poena sine lege. Breslau 1911. (Strafrechtliche Abhandlungen. H. 132.)
Schütze, Theodor Reinhold: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches. Leipzig 1874.
Schulz, Fritz: Prinzipien des römischen Rechts. München 1934.
Schwarze, Fr.: Bemerkungen zu der Lehre von der Rückwirkung neuer Strafgesetze auf ältere Verbrechen. In: Archiv des Criminalrechtes. N. F. Jg. 1857. S. 371 — 395.
Schwarze, Fr.: Der Wirkungskreis des Strafgesetzes betreffs der Zeit, des Raumes und der Personen. In: Handbuch d. Dt. Strafrechts von Holtzendorff. Bd. 2. Berlin 1871.
Seeger, Hermann: Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze. Tübingen 1862.
Seeger, Hermann: Gutachten, in den Verhandlungen des 9. Deutschen Juristentags. Bd. 1. Berlin 1870. S. 74 — 97 (bes. III ab S. 89).
Siber, Heinrich: Analogie, Amtsrecht und Rückwirkung im Strafrechte des römischen Freistaates. Leipzig 1936. (Abhandlungen d. Philolog.-Histor. Klasse der Sächs. Akademie d. Wissenschaften. Bd. 43, Nr. 3.)
Siegert, Karl: Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate. Tübingen 1934.
Mariani Socini junioris Prima pars consiliorum, viri profecto clarissimi, celeberi. Lugduni 1550.
Soden, Julius von: Geist der peinlichen Gesetzgebung Deutschlands. 2. Aufl. Frankfurt a. M. 1792.
Spann, Othmar: Der Wahre Staat. Jena 1931.
Steltzer, Christ. Jul. Ludwig: Lehrbuch des teutschen Criminalrechts. Halle 1793.
Stenglein: Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher. München 1858.
Stübel, Christoph Carl: System des allgemeinen peinl. Rechts mit Anwendung auf die in Chursachsen geltenden Gesetze bes. zum Gebrauche für academ. Vorlesungen. Bd. 1. 2. Leipzig 1795.
Teutler: Decisiones aurae. Lipsiae et Francofurti 1699.
Teutler: Select. Disputationes. Vol. 1. Francofurti 1627.
Tittmann, Carl August: Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde. Bd. 1. 2. Aufl. Halle 1822.
Träger, Ludwig: Die zeitliche Herrschaft des Strafgesetzes. Berlin 1908. (Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allg. Teil. Bd. 6.)
Träger, Ludwig: Zwei Fragen zur Strafrechtsreform. In: Der Gerichtssaal. Bd. 77. Stuttgart 1911.
Träger, Ludwig: Zu den Entwürfen zu einem deutschen Strafgesetzbuch. In: Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswiss. 42 (1921). S. 721 ff.
Urkundenbuch der Stadt Braunschweig. Braunschweig 1862.

Verhandlungen der ersten und zweiten Kammer über die Entwürfe des StGB. f. d. Preuß. Staaten und des Gesetzes über die Einführung desselben v. 10. 12. 1850. Berlin 1851.
Voet, Johann: Commentarius ad pandectas. Coll. Allobrog. 1778.
Vorentwurf zu einem deutschen StGB. Bearb. von der hierzu bestellten Sachverständigen-Kommission. Berlin 1909.
Vosberg, Harry: Über die Rückwirkung des Strafgesetzes, nach gemeinem deutschen Strafrecht, dem preuß. u. d. deutschen Reichsstrafgesetzbuche. Erlanger Diss. Breslau 1898.
Wachenfeld, Friedrich: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. München 1914.
Wächter, Carl Georg von: Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts. T. 1. Stuttgart 1825.
Wächter, Carl Georg von: Deutsches Strafrecht. Hrsg. v. O. v. Wächter. Leipzig 1881.
Wahlberg: Die neu aufgefundene Malefizordnung für die Landeshauptstadt Laibach. In: Zeitschrift f. Rechtsgesch. Bd. 1. 1861. S. 460 ff.
Weber, Adolph Dietrich: Über Rückanwendung positiver Gesetze, mit bes. Hinsicht auf neuere Gesetzveränderungen deutscher Staaten. Hannover 1811.
Wiesen, Theodor: Versuch einer Theorie über die rückwirkende Kraft der Gesetze nach den Grundsätzen des Römischen Rechts. Wetzlar 1814.
Zachariä, H. A.: Handbuch des deutschen Strafprozesses. Bd. 1. Göttingen 1861.
Zachariä, H. A.: Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze. Göttingen 1834.
Zoepfl, Heinrich: Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. . . . . 3. Ausg. Leipzig u. Heidelberg 1883.
Zusammenstellung der Gutachtlichen Äußerungen über den Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, gefertigt vom Reichsjustizamt. Berlin 1911.

I. Abschnitt: Klärung von Vorfragen und Begriffen.

A. Einleitung: Der Zweck der Arbeit.

In den Jahren vor 1933 war von einem Problem der »Rückwirkung« neuer Strafgesetze eigentlich recht selten die Rede. Das Problem galt in der Wissenschaft als gelöst und der Gesetzgeber und die Rechtsprechung hatten kaum Veranlassung, sich mit der Frage zu beschäftigen. Erst die Gesetze vom 29. 3. 1933 (RGBl. I, S. 151), die sog. Lex van der Lubbe, mit rückwirkender Anwendung seit 1. 3. 1933 und das Gesetz vom 22. 6. 1936 (RGBl. I, S. 493), schufen hier einen gewissen Wandel. Durch das letztgenannte Gesetz wurde ein neuer § 239a in unser geltendes Strafgesetzbuch eingefügt. Auch dieses Gesetz legte sich rückwirkende Kraft bei, und zwar war es auf alle seit dem 1. 6. 1936 begangenen Straftaten der fraglichen Art anzuwenden. Beide Maßnahmen des Gesetzgebers haben letzten Endes auch die Anregung zu der Anfertigung der vorliegenden Arbeit gegeben [1].

Von beiden Gesetzen hat besonders das erste in Fachkreisen des In- und Auslandes ein lebhaftes Echo hervorgerufen. Teilweise erfolgte bedingungslose Zustimmung in Erkenntnis seiner staatspolitischen Notwendigkeit, hinter die kleinliche Bedenken zurückzutreten haben, teilweise aber auch ebenso leidenschaftliche Ablehnung mit dem Hinweis darauf, daß es anerkannter Rechtssatz bei allen Kulturvölkern war und sei, strafbare Handlungen nur nach den Gesetzen zu ahnden, die zur Zeit der Tat gelten. Andere befürchteten Willkürhandlungen und einen Rückfall in barbarische Zustände, wenn eine derartige Kulturerrungenschaft wie das Verbot rückwirkender Strafgesetze aufgegeben werde. Aber auch bei den Zustimmenden fand sich gelegentlich ein historisches Argument, nämlich daß hier

[1] Nach Abschluß der Arbeit ist ein weiteres rückwirkendes Gesetz ergangen, das Gesetz gegen den Straßenraub mittels Autofallen vom 23. 6. 1938 (RGBl. I, S. 180) mit rückwirkender Geltung vom 1. Januar 1936 an.

wieder ein Teil des verheerenden Einflusses des römischen Rechts ausgemerzt werde [2]. Alle berufen sich also in irgendeiner Weise auf die Geschichte des Grundsatzes. Die Entstehung und Herkunft dieses strafrechtlichen Kernsatzes, der er bis heute geblieben ist, aufzuzeigen, ist deshalb in erster Linie der Zweck der Arbeit. Daneben soll sie einen bescheidenen Teil beitragen zum Erkennen und damit auch zur Überwindung des Gedankengutes der französischen Revolution und nicht zuletzt auch des römischen Rechts. Denn ausscheiden und überwinden kann man nur etwas, was man vorher nicht nur genau erkannt, sondern auch als schlecht empfunden hat.

Dabei soll besonders ein Fehler vermieden werden, der heute leider häufig gemacht wird. Man spricht nämlich sehr oft davon, daß ein Gedanke aus einer bestimmten Zeit stammt, z. B. aus der Zeit der französischen Revolution, übersieht aber dabei vollständig, daß er in dieser Zeit der Menschheit lediglich zum Bewußtsein gekommen ist, und daß er in Wirklichkeit bereits viel früher vorhanden und nachweisbar ist. —

Man wird vielleicht gegen die Arbeit einwenden, daß sie sich insofern erübrige, als die Frage der »Rückwirkung« lediglich ein Teil dessen sei, was man unter dem Satze »nulla poena sine lege« zusammenfasse [3], und daß die Entwicklungsgeschichte und auch die Entstehungsgeschichte dieses von Feuerbach [4] geprägten Satzes bereits durch Schottländer [5] sowie die Dissertation von Elvers [6] und Hennings [7] geklärt worden sei. Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden. Einmal ist das Gebiet dieses Satzes viel zu umfangreich, um im Rahmen einer Dissertation die Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur zu allen angeführten Einzelfragen [8] einer eingehenden Würdigung unterziehen zu können. Hauptaufgabe bleibt

---

[2] Nicolai, JW. 1933, S. 2315.

[3] Der Satz nulla poena sine lege umfaßt nach Schottländer, Die geschichtliche Entwicklung des Satzes n. p. s. l., Breslau 1911, und Hennings, Die Entstehungsgeschichte des Satzes n. p. s. l., Göttinger Diss. 1933, folgende Forderungen: 1. Gesetzliche Strafandrohung, 2. Ausschluß jeglicher Analogie, 3. Ausschluß von Strafgewohnheitsrecht, 4. Verbot rückwirkender Gesetze.

[4] Feuerbach, Lehrbuch, 14. Aufl. 1847. § 20.

[5] vgl. Fußnote [3].

[6] vgl. Fußnote [3].

[7] Hennings, Die Bedeutung des Satzes n. p. s. l. in seiner historischen Entwicklung. Göttinger Diss. o. J.

[8] vgl. Fußnote [3].

denn auch bei diesen Arbeiten die Frage der Analogie und des Gewohnheitsrechtes, während das Problem der Rückwirkung nur gelegentlich gestreift wird[9]. Zum anderen faßt diese vielberufene Parömie in Wirklichkeit, wie Hellm. Mayer[10] richtig ausführt, ganz verschiedene Forderungen zusammen, die nur von einem einseitig individualistischen Standpunkt aus als eine Einheit gesehen werden können. Denn es handelt sich bei dem Satze nulla poena sine lege in erster Linie um die Vergesetzlichung des Rechtes (Ausschluß von Analogie und Gewohnheitsrecht). Das Verbot rückwirkender Gesetze bezieht sich dagegen auf einen ganz anderen Gegenstand, nämlich das Geltungsgebiet der Gesetze. Auch deshalb rechtfertigt sich m. E. eine besondere Behandlung der Rückwirkung, also getrennt von dem Satze nulla poena sine lege.

Dazu kommt weiter, daß die zahlreiche Spezialliteratur über die Rückwirkung gerade die Geschichte des Problems nur kurz behandelt, mit Ausnahme von Seeger[11] und Vosberg[12], die aber in erster Linie wiederum nur das römische bzw. das gemeine Recht ihren Untersuchungen zu Grunde legten. Am besten löste Seeger seine Aufgabe, so daß seine Untersuchungen, soweit sie das römische Recht betreffen, weitgehend verwertet werden können. Neuere Spezialschriften fehlen sogar vollständig, eine weitere Rechtfertigung für diese Darstellung.

Wenn auch heute durch die Strafrechtsnovelle vom 28. 6. 1935[13] der Streit »Rückwirkung oder Nichtrückwirkung« für absehbare Zeit zu Gunsten der Beibehaltung des grundsätzlichen Verbotes rückwirkender Gesetze entschieden worden ist, so bleibt m. E. eine Darstellung der Ansichten früherer Zeiten dennoch von Nutzen und bleibendem Wert.

B. Der Begriff der Rückwirkung. Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze. Die Abgrenzung der Aufgabe.

1. Der Begriff der Rückwirkung.

Fast jeder Schriftsteller, der sich mit unserer Frage befaßt, verwendet das Wort »Rückwirkung« oder spricht von »rückwirkender

[9] Elvers erwähnt das Problem der Rückwirkung überhaupt nicht.

[10] Mayer, Hellm., Das Strafrecht des deutschen Volkes. Stuttgart 1936, S. 111.

[11] Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze. Tübingen 1862.

[12] Über die Rückwirkung des Strafgesetzes . . . Erlanger Diss. 1898.

[13] Den gleichen Standpunkt nimmt auch die amtliche Strafrechtskommission ein. Vgl. Näheres unten S. 99 ff.

Kraft«, ohne näher darzulegen, was er eigentlich darunter versteht. Eine der wenigen Ausnahmen macht von Wächter [14]. Er meint:

> »Rückwirkung oder rückwirkende Kraft eines Gesetzes nennen wir, wenn ein neues Gesetz auf Handlungen anzuwenden ist, die v o r der Zeit, in welcher es in Kraft trat, begangen wurden, Nichtrückwirkung dagegen, wenn die Anwendung des neuen Gesetzes auf Handlungen, welche v o r dem Eintritt seiner Gesetzeskraft begangen wurden, ausgeschlossen ist.«

Aus seinen übrigen Erörterungen ergibt sich eindeutig, daß von Wächter lediglich an die Fälle denkt, bei denen die Handlung unter der Herrschaft des alten Rechtes (also v o r dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes) begangen wurde, die Aburteilung aber erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes (also n a c h dem Inkrafttreten dieses Gesetzes) erfolgt. Ausführlicher nimmt Binding Stellung [15]:

> »Ein Gesetz tritt und steht in Kraft, heißt: es will zur Zeit Anwendung finden, falls die Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit gegeben sind, es will zur Zeit das Leben regeln, dem es gewidmet ist.«

Daraus schließt Binding:

> »Kein Gesetz kann hinter den Tag seines Inkrafttretens zurück, keines über den Tag seines Außerkrafttretens hinaus wirken wollen. Das eine ist so unlogisch wie das andere. Insbesondere gibt es keine Möglichkeit echter Rückwirkung der Gesetze. Was man so nennt, ist eine Wirkung auf Gegenwart und Zukunft, eine Ergreifung von Tatbeständen, die in der Vergangenheit entstanden, in die Gegenwart h i n e i n r a g e n [16], von jetzt an und für künftig.«

Auch er denkt also lediglich an die Fälle, die auch von Wächter seiner Definition zu Grunde gelegt hat. Ähnlich äußert sich auch Träger [17], der jedoch anstatt auf den Tag des »Inkrafttretens« auf den Tag der »Bekanntmachung« abstellt.

Alle diese Versuche befriedigen insofern nicht, als sie nicht, zumindest aber nicht klar, gerade die Fälle umfassen, die in den an den Anfang unserer Erörterungen gestellten Gesetzen ihre Regelung gefunden haben [18]. In eine Gruppe mit den dort erwähnten beiden Fällen gehört auch das Gesetz betreffend die Bestrafung von Zuwiderhandlungen gegen die österreichischen und ungarischen Zoll-

[14] Deutsches Strafrecht. Leipzig 1881. S. 78.
[15] Handbuch des Strafrechts. Leipzig 1885. S. 226.
[16] Deshalb hält Schütze, Lehrbuch § 18, S. 48 die Bezeichnung »Rückwirkung« für diese Gestattung des Nachwirkens früherer Gesetze für einen sprachlichen Fehlgriff.
[17] Vergl. Darst. d. deutschen, u. ausländ. Strafr. Allg. Teil, Bd. 6, S. 317 ff.
[18] Vgl. oben A am Anfang.

gesetze vom 17. Juli 1881 [19], das am 26. Juli 1881 bekannt gemacht (verkündet) wurde und sich vom 1. Juli 1881 an verbindliche Kraft beilegte. Dagegen würden die obigen Begriffsbestimmungen z. B. zutreffen für Art. XIV, Abs. 4 der Verordnung über Vermögensstrafen und Bußen vom 6. Febr. 1924 [20] und Abs. 4 des § 2a StGB. in der Fassung des Gesetzes vom 28. Juli 1935 [21].

Das Gesetz betreffend die Zuwiderhandlungen gegen die österreichischen Zollgesetze, sowie die beiden anderen Gesetze, fallen deshalb nicht unter die Definition von Wächters, weil die strafbaren Handlungen vor der Verkündigung, nicht aber auch vor dem Inkrafttreten der neuen Strafbestimmungen begangen wurden. So erstreckte sich die Herrschaftszeit des Gesetzes vom 17. Juli 1881 auch auf Straftaten, die zwischen dem 1. und 26. Juli 1881 begangen wurden. Ebenso liegt der Sachverhalt bei den beiden anderen Gesetzen. Und gerade in einem solchen Falle redet man doch immer von »Rückwirkung«! Wir sprechen deshalb richtig von Rückwirkung oder rückwirkender Kraft dann, wenn ein neues Gesetz auf Handlungen anzuwenden ist, die entweder vor der Zeit, in der es in Kraft trat, begangen wurden, oder aber auf Grund ausdrücklicher Vorschrift auf Taten Anwendung findet, die innerhalb einer gesetzlich bestimmten Frist vor dem Tage der Verkündung, — aber nach dem Inkrafttreten begangen wurden.

2. Die zeitliche Herrschaft der Gesetze.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, daß es von großer Bedeutung ist, den Zeitpunkt zu kennen, in welchem regelmäßig ein Strafgesetz in oder außer Kraft tritt, daß man sich also über die zeitliche Geltung der Strafgesetze klar ist. Deshalb soll im folgenden kurz das geltende Recht dargestellt werden. Die historischen Erörte-

[19] RGBl. 1881, S. 247. Vgl. ferner die Preistreiberei-VO. vom 8. 5. 1918. RGBl. S. 395, die teilweise auch auf Handlungen anzuwenden war, die vor dem Inkrafttreten der VO. begangen wurden.

[20] RGBl. I, S. 44, Abs. IV dieser Verordnung lautet: »Die durch Art. I—IV, VIII—XIII und Abs. III dieses Artikels (—XIV—) bestimmten Strafrahmen gelten auch bei den Taten, die vor dem Inkrafttreten dieser Verordnung begangen sind«.

[21] Diese Fassung stimmt mit der seitherigen Regelung wörtlich überein. (»Über Maßregeln der Sicherung und Besserung ist nach dem Gesetz zu entscheiden, das zur Zeit der Entscheidung gilt.«)

rungen jeweils auch hierauf zu erstrecken, würde jedoch zu weit führen. —

Zunächst ist festzustellen, daß für Strafgesetze keine Besonderheiten gegenüber anderen Gesetzen gelten. Maßgebend sind also auch hier die Vorschriften des Staats- und Verwaltungsrechts.

Jedes Gesetz, also auch jedes Strafgesetz, kann selbst den Tag seines Inkrafttretens bestimmen, z. B. von vorneherein einen kalendermäßig bestimmten Tag angeben oder aber, was häufig geschieht, die Klausel »mit dem Tage der Verkündung« enthalten. Der Gesetzgeber kann schließlich auch einen vor dem Tag der Verkündung liegenden Zeitpunkt als Anfangspunkt des Wirkungskreises eines Gesetzes festsetzen [22].

Wenn die Reichsgesetze nichts Näheres enthalten, so treten sie mit dem 14. Tage nach Ablauf des Tages in Kraft, an dem das Reichsgesetzblatt in Berlin ausgegeben wurde (Art. 71 RV.). Diese Bestimmung gilt auch heute noch, doch ist ihre praktische Bedeutung gering, da wir fast nur noch sog. »Regierungsgesetze« haben und für diese von der Regierung beschlossenen Gesetze Art. 3 des Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich (sog. Ermächtigungsgesetz) vom 24. 3. 1933 [23] bestimmt, daß sie mit dem auf die Verkündung folgenden Tag in Kraft treten, soweit das einzelne Gesetz nichts anderes vorschreibt. In den Konsulargerichtsbezirken gilt eine Sonderregelung. Nach § 30 des Konsulargerichtsgesetzes vom 7. 4. 1900 tritt ein Reichsgesetz 2 Monate, wenn die Konsulargerichtsbezirke in Europa, Ägypten oder an der asiatischen Küste des Mittelländischen oder Schwarzen Meeres liegen, in allen übrigen Bezirken 4 Monate nach der Ausgabe des Reichsgesetzblattes in Berlin in Kraft [24]. Große Bedeutung hat diese Bestimmung seit Friedensschluß nicht mehr. Wie den Zeitpunkt seines Inkrafttretens, so kann ein Gesetz auch den Zeitpunkt seines Außerkrafttretens bestimmen. Möglich ist hier, daß das Gesetz ein genaues Datum angibt, an dem es seine Wirkung verlieren will. Oder es kann einem Dritten (z. B. dem zuständigen Ressortminister) die Ermächtigung erteilen, diesen Zeitpunkt festzusetzen. Enthält das Gesetz keine Bestimmung, so verliert es seine Kraft durch ein

---

[22] So z. B. bei dem oben erwähnten Gesetz über die Bestrafung von Zuwiderhandlungen gegen die österreichischen und ungarischen Zollgesetze.
[23] RGBl. I, S. 141.
[24] Ebenso § 3 des Schutzgebietsgesetzes vom 10. September 1900 (RGBl. 1900, S. 213 ff.) für die Schutzgebiete.

neues Gesetz, durch das es ausdrücklich, oder stillschweigend durch widersprechende Vorschriften, die dieselbe Materie erschöpfend regeln, aufgehoben wird.

3. Die Abgrenzung der Aufgabe.

Zu der Frage der zeitlichen Geltung der Strafgesetze und zu dem Problem der Rückwirkung nimmt unser geltendes Strafgesetzbuch im § 2a Stellung. Es bestimmt, daß sich die Strafbarkeit und die Strafe nach dem Gesetz richten, das zur Zeit der Tat gilt; das bedeutet also das grundsätzliche Verbot der Rückwirkung des neuen Gesetzes! Gilt aber zur Zeit der Entscheidung ein milderes Gesetz als zur Zeit der Tat, so kann dieses angewendet werden. Die Bestrafung kann ganz unterbleiben, wenn die Tat zur Zeit der Entscheidung nicht mehr mit Strafe bedroht ist. Also möglicherweise Rückwirkung der milderen Vorschriften des neuen Gesetzes. Dies ist die grundsätzliche Regelung der Frage im geltenden StGB. seit der Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935. Und lediglich auf diese grundsätzliche Einstellung früherer Jahrhunderte zu unserem Problem soll sich auch die folgende Untersuchung erstrecken. Also in erster Linie auf folgende Fragen:

Richtete sich die Strafbarkeit einer Tat stets nach dem Gesetz, das zur Zeit der Tat galt, oder gab es Zeiten, die das Gesetz für maßgebend erklärten, das zur Zeit der Entscheidung gilt? In welcher Weise nahmen Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung zu dieser Frage Stellung? Und schließlich: Wie wurde verfahren, wenn zwar grundsätzlich die Rückwirkung verworfen wurde, das alte Gesetz aber milder als das neue war? Und vor allem wie begründete man diesen Standpunkt?

Keineswegs soll die Arbeit also sämtliche mit der Frage der Rückwirkung unmittelbar oder mittelbar zusammenhängende Probleme anführen und behandeln. Ein großer Teil dieser Streitfragen entsteht ja außerdem erst dann, wenn die Kernfrage »Rückwirkung« oder »Nichtrückwirkung« entschieden ist. So wird unter anderem auszuscheiden sein: Die Untersuchung, welches das mildeste Gesetz ist und ob eine Milderung dem Täter auch dann zu Gute kommen soll, wenn die Tat bereits rechtskräftig abgeurteilt, aber noch nicht verbüßt ist; die Frage der Anwendung von milderen Zwischengesetzen, d. h. die Frage, welches von mehreren zwischen Tat und Aburteilung wechselnden Gesetzen Anwendung finden soll; die Behandlung von Taten, die während der Geltungsdauer sog. Zeitgesetze begangen, oder erst nach Zeitablauf abgeurteilt werden;

der Einfluß des Wechsels bürgerlich-rechtlicher Rechtsvorschriften; die Fragen, die sich aus der Änderung der Vorschriften über die Verjährung, der Strafantragsfristen oder der Strafvollzugsvorschriften ergeben; schließlich auch die mit den Dauer-, Kollektiv- und Rückfalldelikten zusammenhängenden Probleme. All diese Fragen seien nur angedeutet, um damit zu zeigen, was alles mit dem Problem der Rückwirkung zusammenhängt. Auch hierauf jeweils die historischen Erörterungen zu erstrecken, kann und soll aber nicht Zweck der vorliegenden Arbeit sein [25].

C. Die verschiedenen Ansichten über den Grundsatz der Rückwirkung im Strafrecht.

Vor Beginn der eigentlichen historischen Untersuchungen sei vorweg darauf hingewiesen, daß bei der Frage der Rückwirkung zwei Fälle zu unterscheiden sind [26]. Beide müssen auseinandergehalten werden. Der erste Fall betrifft die Frage der Rückwirkung der Verbotsnorm, also ob eine unter dem bisherigen Recht straflose Handlung, obwohl die Tat unter diesem Recht begangen wurde, nach dem neuen Gesetz, das die Handlung für strafbar erklärt, zu beurteilen ist. Der zweite Fall dagegen betrifft die Frage der Rückwirkung der Strafdrohung. Also: Soll bei Verschärfung der Strafe einer bisher schon strafbaren Handlung, diese Änderung des Strafrahmens auch bei den schon unter dem alten Recht begangenen Straftaten berücksichtigt werden?

Selbstverständlich kann das Problem der Rückwirkung verschieden gelöst werden. Die von Schrifttum und Gesetzgeber vertretenen Ansichten lassen sich zu folgenden Gruppen zusammenfassen:

1. Es soll stets das zur Zeit der Tat in Geltung gewesene [27] Gesetz auf die Handlung angewendet werden, auch wenn

[25] Bezüglich der ausgeschiedenen, gewiß ebenfalls nicht unwichtigen Probleme, sei auf die Lehr- und Handbücher des Strafrechts sowie auf die Kommentare zu § 2 StGB. (alter Fassung) bzw. § 2a (neuer Fassung) verwiesen. Eine recht brauchbare Zusammenstellung gibt auch v. Bar, Gesetz und Schuld I, S. 73 ff., ohne daß damit auch die Richtigkeit seiner Ansicht bestätigt werden soll.

[26] So schon Träger a. a. O. S. 318/19 und jetzt besonders Schäfer in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Bd. I, Allg. T., S. 206. 2. Aufl.

[27] Also auch nicht das später erlassene, rückdatierte Gesetz (vgl. die Begriffsbestimmung unter B 1).

zur Zeit der Aburteilung ein anderes Gesetz in Kraft ist. Diese Ansicht verwirft also die Rückwirkung, und zwar ohne jede Ausnahme.

2. Andere vertreten die gegenteilige Ansicht: Es soll stets das Gesetz zur Anwendung gebracht werden, das zur Zeit der Aburteilung der Handlung gilt, also auch die Handlungen von dem neuen Gesetz erfaßt werden, die vor dem Inkrafttreten oder vor seiner Publikation begangen wurden. (Ansicht 2a.) Meist wird hierbei gefordert, daß die Tat schon nach dem früheren Gesetz strafbar war, d. h. auch dann soll jetzt keine Bestrafung erfolgen, wenn die Handlung zur Zeit ihrer Begehung straflos war. (Ansicht 2b.) Demnach: Ausnahmslose Rückwirkung. Mindestens aber insoweit ausnahmslose Rückwirkung als bisher bereits strafbare Handlungen in Frage stehen.

Zwischen beiden extremen Anschauungen finden sich noch zwei vermittelnde Ansichten, die praktisch beide auf dasselbe Ergebnis hinauslaufen.

3. So wird der Standpunkt vertreten, daß grundsätzlich das zur Zeit der Begehung einer Handlung in Geltung gewesene Gesetz auf diese Anwendung findet. Dies soll jedoch dann nicht gelten, wenn das neue Gesetz in irgendeiner Hinsicht milder als das alte ist. Also: Grundsätzlich Nichtrückwirkung des neuen Gesetzes mit Ausnahme des neuen milderen. Oder

4. Es soll grundsätzlich das zur Zeit der Aburteilung geltende neue Gesetz Anwendung finden, es sei denn, daß es härter als das alte ist. Demnach grundsätzlich Rückwirkung des neuen Gesetzes mit Ausnahme des neuen strengeren.

Inwieweit der eine oder andere Standpunkt in Literatur und Gesetzgebung verwirklicht wurde, wird weiter unten gezeigt werden.

Anhang: Das Problem der Rückwirkung im Strafprozeßrecht und im Zivilrecht.

Der Vollständigkeit halber sei ein Blick auf andere naheliegende Rechtsgebiete geworfen.

I. Im Strafprozeßrecht ist es ein »selbstverständlicher Satz«[28], daß ein strafprozessuales Gesetz auf alle Strafsachen Anwendung zu finden hat, die während seiner Geltungsdauer zur Erledigung gebracht werden. Es ist somit ohne Bedeutung, ob die

[28] Gerland, Der Deutsche Strafprozeß. Mannh., Bln., Lpz. 1927. S. 32 (vgl. auch Graf zu Dohna, Das Strafprozeßrecht. Berlin 1927. S. 8).

Straftat vor dem Inkrafttreten des in Betracht kommenden Prozeßgesetzes oder während seiner Geltungsdauer begangen wurde. Ebenso selbstverständlich hat das neue Strafprozeßrecht auch auf schwebende Verfahren Anwendung zu finden[29]. Bezüglich der Einzelheiten sei auf die §§ 8 ff. des Einführungsgesetzes zur StPO. bzw. auf § 1 des Einführungsgesetzes zum GVG. vom 27. 1. 1877 (RGBl. S. 77 ff.) verwiesen.

Erwähnung verdient schließlich die Tatsache, daß sich auch die Strafvollstreckung immer nach dem neuen Recht richtet.

Im Strafprozeßrecht hat demnach das neue Gesetz stets rückwirkende Kraft. Die Begründung, die man für diese Ansicht gibt, ist — soweit man nicht auf jegliche Begründung verzichtet — in vielen Fällen eigenartig. So sagt z. B. Berner[30]:

> »Der Grund dieses Prinzips liegt im allgemeinen in der Unmöglichkeit, etwas anderes anzunehmen. Hat ein Staat neue Gerichte oder ein neues Verfahren eingeführt, so kann er gar nicht mehr, um einzelne aus älterer Zeit herrührende Handlungen zu strafen, die früheren Gerichte und das frühere Verfahren wieder herstellen.«

Berner übersieht dabei, daß es sehr wohl möglich wäre, durch entsprechende Übergangsvorschriften, eine andere Regelung zu treffen. Und wenn er fortfährt: »Wenn ein Staat neue Prozeßeinrichtungen trifft, so spricht er überdies damit aus, daß er diese für besser halte als die früheren, und zwar im allgemeinen nicht bloß für besser im besonderen Staatsinteresse, sondern auch im Interesse der Gerechtigkeit und im Interesse des Angeschuldigten«, so erscheinen solche Ausführungen zum mindesten anzweifelbar. Im übrigen erfolgt doch wohl jede Gesetzeserneuerung nur deshalb, weil das neue Gesetz für besser als das alte gehalten wird. Eine ähnliche Begründung versuchte bereits früher Zachariä[31], der als Ergebnis seiner Untersuchungen feststellte:

> »Insofern die Anwendung eines neuen Criminalprozeßgesetzes auf früher vorgenommene Handlungen eine Verurteilung zur Folge haben würde, wo sie nach dem früheren Gesetze überhaupt nicht erfolgen konnte, und insofern jene zum Erkenntnis auf ein härteres Strafübel führen würde, findet sie rechtlich nicht statt.«

[29] Teilweise a. A. von Kries, Lehrbuch, Freiburg i. Br. 1892. S. 93.

[30] Berner, Wirkungskreis. Berlin 1853. S. 52. (Vgl. auch S. 63 — 73.)

[31] Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze. Göttingen 1834, § 39 ff. (bes. S. 57, 59 u. 64; § 47 am Ende) und Handbuch d. dt. Strafprozesses, Bd. I. Göttingen 1861, S. 24/25, sowie Martin, Lehrbuch, Leipzig 1857. § 9, S. 34.

Zachariä machte m. E. seine Einschränkung lediglich mit Rücksicht auf die Freiheit und die Sicherheit des Einzelnen. Derartige Bedenken hat aber die heutige Auffassung von Recht und Staat überwunden. Gegen diesen Schlußsatz Zachariäs wandte sich übrigens schon Oscar Lehmann[32], der die Rückwirkung der Prozeßgesetze deshalb für gerechtfertigt hielt, weil diese dazu bestimmt seien, »dem Richter den Weg zu weisen, auf dem es ihm möglich ist, am schnellsten und sichersten sein Ziel zu erreichen, d. h. die durch Gesetz und strafbare Tat begründete Strafbefugnis des Staates aufzufinden und auszusprechen; sie sollen es ermöglichen, daß die Fiktion, die im Urteil verkündete, sei gleich der im Momente der Konsumation des Verbrechens tatsächlich entstandenen Strafbefugnis, der Wahrheit möglichst nahe kommen . . . . . Auch wird man kaum bestreiten dürfen, daß die Hoffnung irgend eines verstockten Verbrechers, sich bei Mängeln des alten Verfahrens durch Lug und Trug der Strafenden Gerechtigkeit entziehen zu können, keinen Schutz verdient.«

Für die rückwirkende Anwendung von Strafprozeßgesetzen sprechen m. E. neben reinen Zweckmäßigkeitsgründen vor allem kriminalpolitische Gründe. Daß sich umgekehrt auch die gegenteilige Ansicht begründen ließe, dürfte sich aus dem Vorgetragenen ebenfalls ergeben haben.

II. Im Zivilrecht[33] dagegen hat sich das Prinzip der Nichtrückwirkung neuer Gesetze schon in den ältesten Zeiten Roms durchgesetzt; die gelegentlichen Ausnahmen bestätigen lediglich die Regel. Auch in der Kaiserzeit ist eine bewußte und ausdrückliche Aufgabe des Prinzips nicht erfolgt, mindestens aber nicht nachweisbar, wenn auch gerade das spätere römische Recht eine sehr starke Neigung zur Durchbrechung der Regel durch Zulassung einer großen Zahl von Ausnahmen zeigte. Selbstverständlich behandelten die Glossatoren und namentlich die Postglossatoren die Frage besonders im Anschluß an die Hauptstelle des Corpus iuris 1,7 C. de leg. 1,14 ausführlich. — Mit dem römischen Recht fand der Grundsatz in Deutschland, ebenso wie in allen übrigen von der römischen Jurisprudenz beeinflußten Rechten Eingang. Literarisch wurde er zu-

---

[32] Das zeitl. Herrschaftsgebiet d. Strafrechtssätze. Berner Diss. 1895. S. 70.

[33] Vgl. hierzu in erster Linie Goeppert, Das Prinzip: »Gesetze haben keine rückwirkende Kraft«, geschichtl. u. dogmatisch entwickelt, in: Jahrbücher f. d. Dogmatik d. Privatrechts, hrsg. v. Rud. v. Jhering, Bd. *22*, 1884, S. 1 ff.

nächst in einer Reihe leider unauffindbarer Dissertationen [34] behandelt, von denen jedoch Goeppert wohl mit Recht annimmt, daß sie sich lediglich mit den Ausnahmen von dem feststehenden Grundsatz der Nichtrückwirkung befaßten. Daß an dem Prinzip nicht gerüttelt wurde, dafür sorgte die Autorität und das Ansehen des römischen Rechts. So fand es im gemeinen Recht und schließlich auch in die Partikulargesetzbücher des 18. und 19. Jahrhunderts Eingang. Und es findet sich, wenn auch unausgesprochen, im geltenden Bürgerlichen Gesetzbuch, ebenso wie im heutigen Privatrecht schlechthin.

Während man sich zunächst wenig oder gar keine Gedanken über die Gründe der Nichtrückwirkung machte und einfach das römische Recht für seine Ansicht zitierte, wurden im 18. und 19. Jahrhundert eine Reihe von Theorien aufgestellt, die in erster Linie von der Aufklärung und ihren Gedanken veranlaßt wurden. Hier im Rahmen einer Arbeit, die sich mit der Rückwirkung neuer Strafgesetze befassen soll, ist zwar nicht der Ort für eine eingehende Würdigung und Aufzählung aller von Zivilrechtlern oder für das Zivilrecht berechneten Theorien. Trotzdem seien einige, die ebenso oder in etwas umgewandelter Form im Strafrecht wieder auftauchen werden, hier kurz angeführt.

Am weitesten verbreitet ist, wohl unter dem Einfluß liberalistischer Ideen, die Begründung aus der Unverletzlichkeit und Heiligkeit erworbener Rechte [35]. Man begründet diese Ansicht etwa damit, daß vielfach durch die Rückwirkung neuer Gesetze berechtigte Interessen berührt und verletzt werden. Man denke z. B. ein Vertrag, aus dem bestimmte Rechte hergeleitet werden konnten, erhält durch zwingende Vorschriften des neuen Gesetzes einen anderen Sinn, so daß gerade die Rechte in Wegfall kommen, auf deren Fortdauer ein Vertragsteil gebaut hatte. Oder das neuerlassene Gesetz verlangt zur Gültigkeit eines Übereinkommens Schriftlichkeit oder gerichtliche oder notarielle Beurkundung und erklärt den mündlichen Abschluß für nichtig. Aus diesem Grund — aus Rücksicht auf wohlerworbene Rechte — schließt man die Anwendung der Bestimmungen des neuen Gesetzes aus, obwohl gerade dieses besserer Einsicht entsprungen sein wird. Also: Grundsatz der Nichtrückwirkung des neuen Gesetzes.

[34] Vgl. die Zitate bei Bergmann, Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatr. S. XXI. — Die Diss. von Henne führt auch von Quistorp, Grundsätze d. deutschen Peinlichen Rechts, 5. Aufl. Rostock und Lpz. 1794, S. 4/5 (§ 5), an.

[35] Vgl. Goeppert a. a. O. S. 82 ff. und die dort Zitierten.

Demgegenüber steht eine zweite Theorie[36], die zunächst davon ausgeht, daß jedes Gesetz erst von dem Moment seiner Publikation an rechtliche Wirksamkeit erlangen kann und unterscheidet dann

1. zwischen neuen Gesetzen, die die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Rechtsverhältnissen nur an andere tatsächliche Voraussetzungen knüpft als das bisherige Recht. In einem solchen Falle dürfe der Gesetzeswechsel keinen Einfluß auf die Rechte und Rechtsverhältnisse haben, die unter der Herrschaft des früheren Gesetzes bereits begründet worden seien, denn darin liege eine in der Natur der Sache nicht begründete Rückwirkung eines Gesetzes; und

2. neuen Gesetzen, die die rechtlichen Wirkungen der Rechte und Rechtsverhältnisse betreffen. Unter diesen wird unterschieden, ob die Wirkungen bereits unter dem alten Gesetz eingetreten sind oder erst unter dem neuen Gesetz eintreten sollen. Die ersteren werden noch nach dem alten Gesetz beurteilt, die anderen nach dem neuen, also in diesem Falle Rückwirkung des neuen Gesetzes.

Savigny[37] wiederum unterscheidet zwischen Rechtsregeln, die den Erwerb und den Verlust der Rechte, d. h. die Verbindung eines Rechtes mit einer einzelnen Person oder die Verwandlung eines abstrakten Rechtsinstituts in ein persönliches Rechtsverhältnis und andererseits Rechtsregeln, die das Dasein der Rechte zum Gegenstand haben, d. h. die Anerkennung des Rechtsinstituts im Allgemeinen, sei es das Sein oder Nichtsein, sei es das So oder Anderssein, eines solchen betreffen[38]. Für die erste Gruppe von Regeln soll nach ihm der Grundsatz der Nichtrückwirkung, für die andere dagegen der umgekehrte Grundsatz gelten.

Daneben gibt es noch eine Reihe anderer Theorien, auf deren Aufzählung hier aber verzichtet werden kann. Welcher man sich auch anschließen mag, jedenfalls dürfte aber an der grundsätzlichen Verwerfung der Rückwirkung mit Rücksicht auf die Stetigkeit des Rechts und der Rechtsentwicklung, ohne die eine stetige Entwicklung der Wirtschaft und des Rechtslebens überhaupt nicht möglich ist, m. E. auch heute noch festzuhalten sein.

[36] z. B. Reinhold Schmid, Die Herrschaft der Gesetze. Jena 1863. S. 104 ff.
[37] Savigny, System d. heutigen Römischen Rechts. Bd. 8. Berlin 1849. S. 375.
[38] Savigny, a. a. O. S. 375/376.

II. Abschnitt: Die geschichtliche Entwicklung des Grundsatzes bis zum Ausgang des 17. Jahrhunderts.

A. Das Römische[39] und kanonische Recht.

Jede historische Untersuchung, die, wie die vorliegende, die Herkunft eines Rechtssatzes aufzeichnen will, muß wegen des großen Einflusses des römischen Rechtes in Deutschland, notwendig dieses mitberücksichtigen. Das gilt auch für das römische Strafrecht, obwohl es bei weitem nicht die Bedeutung erlangt hat und auch nicht wegen seines Charakters erlangen konnte, wie das römische Zivilrecht. Ebenso ist es unerläßlich, noch vor die Zeit Justinians und seine Kodifikationen zurückzugehen, denn in jener Epoche hatte der römische Staat selbst seine Blütezeit bereits überschritten; das Corpus iuris ist ja auch größten Teils lediglich eine Zusammenstellung und Überarbeitung des vorher bereits bestehenden Rechts. Man unterteilt somit zweckmäßigerweise in 1. die republikanische und 2. die Kaiserzeit.

1. Das Strafrecht des römischen Freistaates.

Für unsere Frage von grundlegender Bedeutung ist eine Äußerung Ciceros, actio II in Verrem lib. 1 cap. 42. Dort heißt es[40]:

> (107) »Fecit, fecerit. Quis umquam edixit isto modo? quis umquam eius rei fraudem aut periculum proposuit edicto, quae neque post edictum reprehendi neque ante edictum provideri potuit? Iure, legibus, auctoritate omnium, qui consulebantur, testamentum P. Annius fecerat, non inprobum, non inofficiosum, non inhumanum. Quodsi ita fecisset, tamen post illius mortem nihil de testamento illius novi iuris constitui oporteret. Voconia lex te videlicet delectabat. Imitatus esses ipsum illum C. Voconium, qui lege sua hereditatem ademit nulli neque virgini, neque mulieri, sanxit in posterum, qui post eos censores census esset, nequis heredem virginem neve mulierem faceret. (108) In lege Voconia non est FECIT, FECERIT, neque in ulla praeteritum tempus reprehenditur, nisi eius rei, quae sua sponte (tam) scelerata et nefaria est ut etiamsi lex non esset, magnopere vitanda fuerit. Atque in his ipsis rebus multa videmus

[39] Die Abhandlung von Wiesen, Versuch einer Theorie über die rückwirkende Kraft der Gesetze nach den Grundsätzen des römischen Rechts, Wetzlar 1811, befaßt sich lediglich mit dem Privatrecht, liefert also für uns nichts Positives. Im übrigen begnügt sich Wiesen im wesentlichen mit einer Aufzählung der einschlägigen Stellen des Corpus iuris.

[40] Zitiert nach: M. Tulli Ciceronis scripta quae manserunt omnia. Vol. V. (S. 114/115.) Recognovit A. Klotz, Lipsiae 1923.

ita sancta esse legibus, ut ante facta in iudicium non vocentur; Cornelia tastementaria nummaria ceterae complures, in quibus non ius aliquod novum populo constituitur, sed sancitur ut quod semper malum facinus fuerit, eius quaestio ad populum pertineat ex certo tempore. (109) De iure vero civili siquis novi quid instituit, is non omnia quae ante acta sunt rata esse patietur? Cedo mihi leges Atinias, Furias, Fusias, ipsam ut dixi Voconiam omnis praeterea de iure civili: hoc reperies in omnibus statui ius quo post eam legem populus utatur . . . . .

Wegen der Wichtigkeit dieser Stelle sei kurz der Zusammenhang erklärt:

Die lex Voconia untersagte den in die 1. Censusklasse Aufgenommenen die Erbeseinsetzung von Personen weiblichen Geschlechtes. Das Edikt des Verres dehnte dieses Verbot mit rückwirkender Kraft auch auf die Testamente der non censi aus [41], so daß also die bereits errichteten letztwilligen Verfügungen unwirksam werden sollten. Dagegen wendet sich Cicero, wenn er sagt: »In der lex Voconia heißt es nicht ‚FECIT, FECERIT' und überhaupt kein Gesetz umfaßt rückwärts die Vergangenheit, außer denen über solche Handlungen, welche schon in sich selbst so verbrecherisch und verdammenswert sind, daß sie, auch wenn das Gesetz nicht bestünde, sehr vermieden werden müßten. Und sogar da ist vieles so gefaßt, daß frühere Handlungen nicht mehr vor Gericht gezogen werden. Derartige Gesetze sind die lex Cornelia über Testaments- und Münzfälschung und mehrere andere: in diesen wird nicht ein neues Recht für das Volk aufgestellt, sondern nur verfügt, daß, was von jeher eine Übeltat gewesen war, von einem bestimmten Zeitpunkt an vor das Volksgericht gehören solle. Wer aber im Zivilrecht etwas Neues einführt, der sollte nicht alles früher Geschehene unangetastet lassen? Man schlage die Gesetze des Atinus, Furius, Fusius und, wie gesagt das voconische selbst nach, überhaupt sämtliche zivilrechtlichen: in allen wird man nur solches Recht aufgestellt finden, das von Erlassung des Gesetzes an für das Volk gelten soll.«

Von den älteren Schriftstellern glauben Birnbaum [42] und Zachariä [43] aus dieser Stelle schließen zu können, daß man wenigstens die ausdrückliche Anordnung der rückwirkenden Geltung der Straf-

[41] Vgl. a. a. O. cap. 41. Danach sollte das Edikt des Verres bis zum Jahre 175 v. Chr. zurückwirken.

[42] Birnbaum im Neuen Archiv des Criminalrechtes, Bd. 11, 1830, S. 120.

[43] a. a. O. § 52, S. 69.

gesetze durch die Worte »qui fecit fecerit« für notwendig gehalten habe, daß aber als Regel die Nichtrückwirkung festgestellt werden müsse. Birnbaum nimmt dies deshalb an, weil derartige Gesetze gewöhnlich so angefangen haben, während Zachariä annimmt, daß die Rückwirkung dann nicht für unzulässig gehalten wurde, wenn darin eine »res sua sponte scelerata et nefaria« mit Strafe bedroht worden sei und »daß in den leges publicorum judiciorum nur selten von der angeblichen Befugnis zur Anordnung der Rückwirkung Gebrauch gemacht und vielmehr ausdrücklich bestimmt wurde, ut ante facta, in judicium non vocentur«. Auffallend findet er freilich die Beispiele Ciceros [44]. Rein [45] schließt hieraus, daß zur republikanischen Zeit ein Strafgesetz nur dann rückwirkende Kraft hatte, wenn die verbotene Handlung auch ohne besondere lex als verboten galt, daß also auch in der republikanischen Zeit Gesetze grundsätzlich keine rückwirkende Geltung beanspruchten.

Zu diesen Ausführungen sei vorweg bemerkt, daß aus den Worten Ciceros durchaus nicht eine derartig grundlegende Bedeutung der Formel »qui fecit, fecerit« entnommen werden kann. Darauf kommt der Redner nur deshalb zu sprechen, weil sie von Verres gebraucht wurde und weil, wie sich aus dem Ganzen ergibt, lediglich auf die Rückwirkung hingewiesen werden sollte, aber nicht darauf, daß die Rückwirkung gerade durch den Gebrauch der Worte »qui fecit, fecerit« angedeutet werden müsse. Sowohl Seeger [46] als neuerdings Siber [47] weisen treffend nach, daß das futurum exactum allein bereits die Rückwirkung des Gesetzes zu Genüge andeutete. Siber aber hält trotzdem die Anordnung der Rückwirkung für die Ausnahme und sieht die ganze Frage für eine solche des positiven Rechtes an. Er glaubt, daß die Juristen der Republik darin einer Wortauslegung huldigten. Die Gesetze, nicht die Strafgesetze, müßten ausdrücklich aussprechen, daß sie nicht nur für künftige Fälle gelten sollten. Ohne ausdrückliche Vorschrift sei jedenfalls nicht leicht Rückwirkung angenommen worden, im Strafrecht nicht einmal bei authentischer Auslegung bestrittenen Rechtes.

---

[44] Zachariä schließt sich Bekker, Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, Berlin 1859, S. 198, an.

[45] Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus. Leipzig 1844. S. 228.

[46] a. a. O. S. 7ff.

[47] Analogie, Amtsrecht und Rückwirkung im Strafrecht des römischen Freistaates. Leipzig 1936. S. 46/48. Dort auch Belege für seine Ansicht.

Ähnlich wie schon früher Rein, versteht von den neueren Schriftstellern auch Schulz [48] unter Berufung auf Mommsen [49] die zitierte Stelle und fügt dem hinzu, daß »wenn Quästionengesetze auch die Anwendung auf Delikte vorschrieben, die vor dem Erlaß des Gesetzes begangen worden sind, so handele es sich dabei nur um Verfahrensnormen, während die Strafbarkeit der Tat und die Möglichkeit, sie im Wege der Koerzition oder des magistratisch-komitialen Prozesses zu bestrafen, schon vorher feststand«. Es ist dies eine Behauptung, deren Widerlegung sich aus dem Weiteren noch ergeben wird.

Demgegenüber steht Seeger [50], wie die neueren Untersuchungen Lengles [51] zeigen, mit Recht auf dem gegenteiligen Standpunkt. Die rückwirkende Geltung der Strafgesetze dürfte die Regel gewesen sein. — Aus der Äußerung Ciceros ergibt sich zunächst, daß bei Handlungen, die ihrer inneren Beschaffenheit nach verbrecherisch und verdammenswert waren, diese Strafwürdigkeit schon zur Bestrafung ausreichte, daß ein besonderes Gesetz also überflüssig war, da dieses kein neues materielles Strafrecht setzte, sondern nur über die bereits begründete Strafbefugnis Anordnungen traf, — so auch, wie Cicero in dem oben angeführten Beispiel sagt, Rückwirkung ausschließen konnte. Ob rückwirkende Gesetze häufig vorgekommen sind, richtet sich m. E. danach, welche und wieviele Straftaten nach damaliger römischer Ansicht jene innere Strafwürdigkeit besaßen. Waren das, was mit Sicherheit angenommen werden kann, die weitaus meisten, dann kann auch die Zahl der rückwirkenden Gesetze nicht gering gewesen sein, ja die Rückwirkung muß als das Regelmäßige angesprochen werden.

Schließlich entsprach die Zulässigkeit der Rückwirkung auch zugleich dem antiken Staatsprinzip mit seiner unbedingten Unterordnung des Einzelnen unter den Staat, unter die Ziele der Gesamtheit, ein Gesichtspunkt, der von anderen übersehen wurde, den Seeger [52] aber mit Recht in den Vordergrund geschoben hat. Besonders gilt dies auch von den neueren Bearbeitungen von Schulz und Siber. Gerade bei einer Frage wie der Rückwirkung kann an einer Prüfung

[48] Prinzipien des römischen Rechtes. München 1934. S. 156.
[49] Römisches Strafrecht. Leipzig 1899. S. 670 Note 1.
[50] Vgl. besonders a. a. O. S. 5 f. Seine Abhandlung scheint Siber nicht bekannt zu sein.
[51] Lengle, Römisches Strafrecht bei Cicero und den Historikern. Lpz. u. Bln. 1934, bes. S. 30.
[52] a. a. O. S. 2 und S. 32 ff.

der jeweiligen Staatsauffassung und des jeweiligen Staatsprinzips nicht vorbeigegangen werden. Denn die Staatsauffassung, die Weltanschauung, allein entscheidet oft, — wie sich aus der weiteren Untersuchung noch ergeben wird — ob man rückwirkende Gesetze für zulässig erachtet oder nicht. Anders als zur Kaiserzeit, fühlte sich im republikanischen Rom, abgesehen von der Zeit des Niederganges, jeder als Glied des Staates und Teilnehmer an der Staatsgewalt. Ebenso unterwarf er sich ihr aber auch unmittelbar und konnte deshalb zur Rechenschaft gezogen werden, ohne daß ihn vorher ein Gesetz mit Strafe bedrohte. Die Straftaten waren Verletzungen des völkischen Rechtsbewußtseins. Wenn es trotzdem positive öffentlich-rechtliche Gesetze gab, waren sie nur der Ausdruck dieses Rechtsbewußtseins. Das neue Strafgesetz war nur eine bestimmtere Erklärung und Begrenzung des bereits vorhandenen Rechtes.

Es läßt sich denn auch eine ganze Reihe von Gesetzen nachweisen, die sich rückwirkende Kraft beilegten. Den ersten Beweis erbringt die lex Sempronia vom Jahre 122 v. Chr. In diesem Gesetz setzte Gajus Sempronius Gracchus den Grundsatz der Volksgerichtsbarkeit in Kapitalsachen erneut fest und bedrohte außerdem die mit kapitaler Strafe, die die Hinrichtung römischer Bürger — namentlich die Hinrichtung der Anhänger seines Bruders Tiberius Sempronius Gracchus — der Provokation zuwider veranlaßt hatten [53]. In erster Linie von diesem Gesetze betroffen wurde der Vorstand dieser Ausnahmegerichte, Popilius. »Es ist aber bezeichnend, daß die Rückwirkung als solche Gajus Sempronius Gracchus nirgends zum Vorwurfe gemacht wurde« [54]. Es kann das nur so zu erklären sein, daß die Handlungsweise des Popilius als strafwürdig angesehen wurde, und man aus diesem Grunde seine Verurteilung als zu Recht bestehend betrachtete und infolgedessen Widerspruch nicht hervorgerufen wurde.

Weitere rückwirkende Gesetze waren:

1. die lex Cornelia de sicariis [55] (unter Sulla erlassen);
2. die lex Servilia repetundarum, 111 v. Chr. [56];

[53] Über den Inhalt des Gesetzes vergleiche Cicero pro Cluentio, cap. 54 bis 56, ferner Mommsen, Röm. Geschichte. 5. Aufl. Bd. 2. Berlin 1868. S. 111/112. Vgl. auch Geib, Geschichte d. röm. Criminalprozesses, Leipzig 1842, S. 174, auch Siber a. a. O. S. 48.

[54] Seeger a. a. O. S. 15.

[55] Folgt aus den Bruchstücken bei Cicero pro Cluentio, cap. 54, 55.

[56] Cicero pro Balbo, cap. 24, § 54.

3. die leges Pompeia de vi und de ambitu [57] (52 v. Chr.).

Ob die beiden Gesetze als Beleg für die rückwirkende Geltung der Strafgesetze der republikanischen Zeit angeführt werden können, ist bestritten. Siber (S. 53) und Zachariä (S. 72/73) bestreiten zwar nicht, daß die lex de vi neben prozessualen Vorschriften (— Einsetzung des außerordentlichen Schwurgerichtes —) auch sachliche Strafverschärfungen enthalten habe, sind aber der Meinung, daß es sich hier um Gesetze für den Einzelfall handele. Seeger vertritt auch hier wieder — m. E. zutreffend — den gegenteiligen Standpunkt [58]: Beide Gesetze wurden nicht ausschließlich zur Bestrafung des Clodius und seiner Anhänger erlassen, sondern sind auch auf andere Fälle angewandt worden, die mit diesen Vorgängen in keinem Zusammenhange standen. »Sie hatten die Bestimmung, der Ordnung des Gemeinwesens als dauernde, festere Stützen zu dienen. In diesem inneren Zusammenhange erscheint die ganze pompejische Gesetzgebung nach dem einstimmigen Berichte der Geschichtsschreiber . . . . . (folgen Belege).« Die auch von Siber herangezogenen Worte des Asconius, argumentum zur Milonischen Rede, Seite 37 versteht Seeger so, daß sie nur andeuten sollen, daß die Verbrechen des Milo mit Namen, aber nicht ausschließlich in dem fraglichen Gesetze gemeint seien. Ebenso will auch Geib [59] annehmen [60], daß die das Gesetz veranlassenden Verbrechen lediglich als z. B. hierher gehörig genannt wurden. Bekämpft wegen seiner rückwirkenden Kraft wurde das Gesetz jedenfalls niemals. Cicero p. Mil. cap. 5 rügt lediglich die prozessualen Bestimmungen.

Aus all diesen Gründen möchte ich mich der Ansicht Seegers anschließen.

Schließlich gehören auch folgende Gesetze hierher:

4. Die rogatio Peducaea de incestu (114 v. Chr. Cicero de natura deorum III. 30, 74);
5. die lex Fufia 61 v. Chr. (Cicero ad Atticum I, 14,1; I, 16,2), die hauptsächlich für den zum Zweck des Ehebruchs in weiblicher Kleidung in eine religiöse Feier römischer Frauen eingedrungenen Clodius Verbannungsstrafe festsetzte, und
6. die lex Pedia 43 v. Chr. [61] gegen die Mörder Cäsars.

[57] Den Sachverhalt erzählen Zachariä a. a. O. S. 70 ff. und Lengle a. a. O. S. 37 ff.

[58] vgl. a. a. O. S. 18 ff.

[59] Röm. Crim. Prozeß. S. 221, 311 f.

[60] a. A. Rein a. a. O. S. 740/41.

[61] Mommsen, Römisches Strafrecht. S. 199.

Die zuletzt genannten Gesetze waren zwar durch bestimmte Vorfälle veranlaßt und mit zu ihrer Sühne berechnet, sie waren aber nicht lediglich Gesetze für den Einzelfall. Der Bestrafung bestimmter Handlungen dienten dagegen:

7. Die lex Mucia v. 141 v. Chr. gegen Tubulus wegen Bestechung [62];
8. die lex Mamilia (100 v. Chr.), wegen schwerer Pflichtverletzungen, die sich die namentlich aufgeführten römischen Bürger zuschulden kommen ließen [63];
9. die lex Appuleia [64] von 103 v. Chr.;
10. die lex Varia von 91 v. Chr. (Appian, d. bell. civ., lib. I, 37) und
11. die lex Vatinia 59 v. Chr. (Cicero ad Vatinium 11,26). Dieses Gesetz war lediglich beantragt, wegen eines Mordplanes gegen Gn. Pompeius [65];
12. schließlich die lex Clodia (v. Jahre 59), die sich in erster Linie gegen Cicero richtete [66].

Auch diese Gesetze beweisen aber, daß die Rückwirkung nichts Seltenes war. Sie »sind zwar getadelt, aber nie ist eines derselben in seiner Rechtskraft angefochten worden« [67].

Den gleichen Standpunkt bezüglich der rückwirkenden Kraft der Gesetze im republikanischen Rom nehmen auch ein: Geib, Strafrecht S. 45 — der allerdings meint, der hauptsächlich prozessuale Inhalt dieser Gesetze habe die Rückwirkung auch des materiell strafrechtlichen Inhalts nahe gelegt — und von Bar, Gesetz und Schuld § 22.

2. Die Kaiserzeit.

Schon unter Augustus begegnen wir 2 Gesetzen, die das gegenteilige Prinzip vertreten, also 2 Gesetzen ohne rückwirkende Kraft. Es sind dies die lex Julia de adulteriis aus dem Jahre 16 v. Chr. und die lex Quinctia de aquaeductibus aus dem Jahre 8 v. Chr. Ihr Zweck war die Wiederherstellung der Sittlichkeit und die Sicherung öffentlicher Werke, also rein auf die Zukunft gerichtet, so daß schon deshalb diesen Gesetzen rückwirkende Kraft nicht beigemessen zu werden brauchte [68]. Auf eine Auffassungswandlung deuten sie jedoch

[62] Vgl. Rein a. a. O. S. 602 ff.
[63] Angeführt bei Mommsen, Röm. Strafrecht, S. 197, Seeger a. a. O. S. 26, Lengle a. a. O. S. 28.
[64] Vgl. dazu Rein a. a. O. S. 507 f.
[65] Mommsen, Röm. Strafrecht. S. 199.
[66] Lengle a. a. O. S. 24 f. Vgl. dazu auch Siber a. a. O. S. 48.
[67] Mommsen a. a. O. S. 200.
[68] Seeger a. a. O. S. 12.

hin. Der Grund des Umschwungs liegt in der wachsenden Zahl von Gesetzen, namentlich der Polizeistrafbestimmungen, die nicht, wie das Strafrecht der republikanischen Zeit, dem Volksbewußtsein entsprungen, sondern vom Kaiser nach Gutdünken erlassen worden waren. So mußte der Monarch, wenn er nicht den Eindruck einer Willkürherrschaft erwecken wollte, auf rückwirkende Geltung seiner Strafgesetze verzichten [69]. —

Der Grundsatz der Nichtrückwirkung wurde schließlich allgemein für alle Gesetze, also Zivil- und Strafgesetze, von Valentinianus III. und Anatolus im Jahre 440 n. Chr. ausgesprochen:

»Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit« [70], d. h. also, »es unterliegt keinem Zweifel, daß Gesetze und Constitutionen nur die Norm für k ü n f t i g e Geschäfte abgeben, auf v e r g a n g e n e Angelegenheiten aber nicht angewendet werden können, falls nicht a u s d r ü c k l i c h etwas über die vergangene Zeit oder über Sachen, welche noch anhängig sind, bestimmt worden ist«. Ganz ähnlich und ebenso bestimmt sprachen dieses Prinzip aus:

Novelle XVIII, cap. 5 am Ende, und Codex, Buch 6, Titel 23, const. 29. Beide Stellen betreffen allerdings keine Strafgesetze, sondern letztwillige Verfügungen. In der zuletzt genannten heißt es zur Begründung: »Denn was hat die Vorzeit verschuldet, die, des gegenwärtigen Gesetzes unkundig, die älteren Vorschriften beobachtet hat? . . «. Ferner sind zu nennen: Codex, Buch 6, Titel 31, const. 65 am Ende, die eine staatsrechtliche Verfügung betrifft. Es heißt dort, es gehöre sich, daß die Gesetze für die Zukunft Regeln vorschreiben und nicht für die Vergangenheit U n g e r e c h t i g k e i t e n b e w i r k e n, so wie Novelle IX, Einleitung (Anwendung auf künftige und schon rechtshängige Fälle) und Novelle XII, cap. III am Anfang. S t r a f g e s e t z e betreffen dagegen: Novelle VIII, cap. 14 gegen Schluß [71]:

---

[69] Schottländer a. a. O. S. 14.

[70] Codex Justinianus, lib. I, XIV de legibus et constitutionbus principum et edictis, cst. 7. Nach Seeger S. 46 a. a. O. ist dieser Grundsatz schon in dem um 387 geschriebenen Werk des Kirchenvaters Ambrosius »De Abraham patriarchi« lib. 1, cap. 4 enthalten. (Abgedruckt in Divi Ambrosi opera, ed. Basil. 1555, Bd. IV, S. 176. Einsicht in dieses Werk war leider nicht möglich.)

[71] Der Einfachheit halber sei gleich die Übersetzung gegeben.

»Gegenwärtiges Gesetz soll auf alle Anwendung finden, die von dieser Zeit an die von uns noch namentlich zu benennenden Ämter ohne Entgelt erhalten. Denn was vorher geschehen, das soll nach früheren Gesetzen beurteilt werden, und keine der Strafen, die durch dieses Gesetz festgesetzt sind, soll diejenigen treffen, die bis jetzt ihre Ämter verwalten, es sei denn, daß man entdeckte, daß sie nach Bekanntmachung des gegenwärtigen Gesetzes sich auf unrechtmäßige Weise etwas zugeeignet hätten.« [72]. Und Novelle 123, cap. 44 am Ende: » . . . . . Wir verordnen aber, daß die in dem gegenwärtigen Gesetze enthaltenen Strafen, welche auch den früheren Gesetzen bekannt sind, nicht bloß in den künftigen, sondern auch in den vergangenen Fällen und Vergehen gelten und schlechterdings angewendet werden sollen. Was aber durch das gegenwärtige Gesetz neu verfügt worden ist, das befehlen wir bloß in den künftigen Zeiten zu beobachten.« [73].

Von der nach der Grundregel zulässigen Ausnahme hat z. B. Cod. Th. IX, 18 de plagiar., cst. 1 Gebrauch gemacht.

Dem gefundenen Grundsatz steht auch nicht entgegen, daß die Publikationspatente der Gesetzessammlung Justinians (Institutionen, Pandekten und Codex) bestimmen, daß für unerledigte und noch nicht abgeurteilte Fälle das neue Gesetz angewendet werden sollte [74]. Denn die Sammlung stellt vorhandenes Recht lediglich zusammen, schafft aber kein eigentlich neues, so daß hier von »Rückwirkung« in dem in Abschnitt I dargestellten Sinne nicht gesprochen werden kann [75].

Daß das Corpus iuris auch bereits einen Unterschied zwischen strengeren und milderen Gesetzen gemacht hat, und allgemein die rückwirkende Anwendung des milderen Gesetzes vorgeschrieben hat, muß jedoch bezweifelt werden. Seeger und Zachariä wollen das aus Cod. Th. III, 12 de nuptiis const. 3; Nov. 12, cap. 3 und Nov. 129, cap. 4 schließen. Die genaue Prüfung dieser Stellen ergibt jedoch, daß es zum mindesten nicht möglich ist, daraus ein allgemeines

[72] Vgl. ferner den daran anschließenden Erlaß an sämtliche Bischöfe und Patriarchen.

[73] Vgl. weiterhin Nov. 145.

[74] z. B. Const. Tanta § 23. (Leges autem nostras . . . suum obtinere robur. . . . et suum vigorem in judiciis ostendentes in omnibus causis, sive quae postea emerserint sive in judiciis adhuc pendent.)

[75] So schon Zachariä a. a. O. S. 74, dem sich in der Folgezeit Bekker a. a. O. S. 198, Savigny, System 8, S. 393, und Seeger, a. a. O. S. 48, Anm. 2, angeschlossen haben.

Prinzip herzuleiten bzw. als im Corpus iuris niedergelegt, festzustellen. Die beiden erstgenannten Stellen sind schlechte Beispiele. Nov. 129, cap. 4 am Ende ist dagegen zweifellos zutreffend. Es heißt dort: » . . . Wir bestimmen dies aber nicht bloß in Bezug auf die Zukunft, sondern auch in Bezug auf die Vergangenheit, so daß auch nicht wegen des schon Geschehenen entweder unser Fiscus oder irgendein anderer mit ihrem Vermögen etwas zu schaffen machen soll. Denn da wir das Künftige mild behandeln, wie sollen wir wegen des Vergangenen streng sein? . . . «. Weitere Beispiele habe ich zwar nicht gefunden. Es kann trotzdem nicht völlig abgestritten werden, daß die Rückanwendung des milderen Gesetzes vielleicht in einzelnen Fällen stattfand, also gewisse Anfänge des in späterer Zeit herrschend gewordenen Prinzips festgestellt werden können [76]. Das einzige wirklich zutreffende Beispiel jedoch zu verallgemeinern, geht m. E. nicht an. Genau so wäre es verfehlt, wenn man behaupten wollte, das Verbot rückwirkender Gesetze sei bereits in jener Zeit zu einem Dogma geworden, was anscheinend Seeger nachweisen will. Denn dazu waren ganz andere Einflüsse notwendig und wirksam, wie die weitere Untersuchung noch zeigen wird.

3. Das kanonische Recht.

a) Corpus Iuris Canonici.

Im kanonischen Recht finden wir die Grundregel des Corpus iuris wieder: Decretalium Gregorii, Liber Primus, Titulus II de constitutionibus cap. XIII (Constitutio futura respicit et non praeterita, nisi in ea de praeteritis caveatur):

> » . . . Leges et constitutiones futuris certum sit dare formam negotiis, non ad praeterita facta trahi, nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur.«

Und ähnlich Cap. *2* (Constitutio futura respicit et non praeterita) in dem gleichen Titel:

> » . . . rem quae culpa caret in damnum vocari non convenit. Quoties vero novum quid statuitur, ita solet futuris formam imponere, ut dispendiis praeterita non commendet: ne detrimentum ante prohibitionem possint ignorantes incurrere, quod eos postmodum dignum est vetitos sustinere.«

Noch klarer und ausdrücklich auf das Strafrecht bezogen ist im Decretum Gratians causa *32*, quaestio 4 canon *3*:

---

[76] v. Bar, Gesetz und Schuld. § *22*.

»Sed considera primum quod Abraham ante legem Moysi et ante evangelium fuit. Nondum interdictum adulterium videbatur. Poena criminis et tempore legis est, quae crimen inhibuit. Nec ante legem nulla rei dam(p)natio est, sed ex lege.«

Diese Stellen im kanonischen Recht erklären sich in erster Linie aus dem Ansehen, das das römische Recht allgemein genoß und das zu einer Übernahme der einschlägigen Bestimmungen des kaiserlichen Rechtes führen mußte. Dazu kommt, wie v. Bar [77] richtig ausführt, daß die ältere kirchliche Lehre Recht und Moral auf den erklärten Willen Gottes stützte, Sünde somit nichts anderes als Ungehorsam ist und man ungehorsam nur gegenüber einem bestehenden Gebote sein kann.

Auch das kanonische Recht mußte berücksichtigt werden, da das Kirchenrecht, besonders im Mittelalter, nicht ohne Einfluß auf die gesamte Rechtsentwicklung in Deutschland war und bekanntlich sogar lange Zeit die Bibel als verbindliches Gesetz (»lex divina positiva«) betrachtet wurde [78] [79].

b) Codex Iuris Canonici.

Obwohl zeitlich nicht hierher gehörend, sei trotzdem an dieser Stelle der Standpunkt des geltenden Gesetzbuchs, des Codex iuris canonici von 1917, angeführt. Zu unserem Problem wird im canon 2226 Stellung genommen.

. . . . § 2. Licet lex poenalis posterior abroget anteriori si tamen delictum, quando lex posterior lata est, iam commissum erat, applicanda est lex reo favorabilior.

§ 3. Quod si lex posterior tollat legem vel poenam tantum, haec statim esset, nisi agatur de censuris iam contractis,

d. h. ein späteres Strafgesetz hebt das frühere auf. War aber ein Verbrechen schon zu der Zeit begangen, in der das spätere Gesetz gegeben wurde, so ist das für den Täter günstigere Gesetz zur Anwendung zu bringen. Wenn aber ein späteres Gesetz das frühere Gesetz oder die Strafe neu aufhebt, kommt es sofort in Anwendung,

[77] Gesetz und Schuld I, S. 64.

[78] Die neuere Literatur zum Strafrecht des Corpus Iuris Canonici (z. B. München, Das kanon. Strafrecht, II. Bd. 1874; Hollweck, Die kirchl. Strafgesetze, Mainz 1899 (vgl. S. 66, Anm. 5) geht, soweit ich feststellen konnte, auf die Frage entweder überhaupt nicht ein oder begnügt sich mit der Wiedergabe des Gesetzestextes. Anscheinend schloß man sich vorbehaltlos dem Gesetz an.

[79] Auch das Archiv f. kath. Kirchenrecht enthält keinen einschl. Aufsatz.

außer es handelt sich um schon vollzogene Strafen, d. h. es findet also stets das mildere Gesetz Anwendung [80].

4. Die Fortbildung des römischen Rechts bis zum 17. Jahrhundert.

Auch auf die Darstellung dieses Zeitabschnittes kann m. E. nicht verzichtet werden, obwohl hier fast ausschließlich Werke außerdeutscher Schriftsteller zu Grunde gelegt werden müssen. Ihr Einfluß ist aber unverkennbar und war um so leichter möglich, als in jener Zeit wissenschaftliche Werke, gleichgültig wo sie auch entstanden waren und welchem Volkstum ihr Verfasser angehörte, grundsätzlich nur lateinisch geschrieben wurden und demgemäß leicht über die Landesgrenzen hinaus Verbreitung fanden. —

Von einer wissenschaftlich tieferen Durchdringung unserer Frage konnte bisher noch nicht gesprochen werden. Erst das Aufblühen der großen oberitalienischen Rechtsschulen des Mittelalters veranlaßte ihre größere Beachtung, wenn man sich zunächst auch noch mit der kritiklosen Aufzählung und Besprechung der einschlägigen Stellen des Corpus iuris und der Kirchengesetze zufrieden gab. Den Anlaß zu einem tieferen Eindringen in die Materie gaben zum Teil, wie noch auszuführen sein wird, praktische Fälle, die von den einzelnen Gelehrten verschieden gelöst und entschieden, nunmehr erneut Anlaß zu Auseinandersetzungen boten, und die ihrerseits wieder durch die Anwendung neuer statutarischer Bestimmungen veranlaßt wurden. Die Ansicht eines Schriftstellers findet sich jeweils in den von ihm verfaßten Anmerkungen zu den in Frage kommenden Constitutionen bzw. Kapiteln, also in erster Linie bei const. 7 de legg. und bei X, I, 2 de constitut. cap. XIII.

Jacobus de Belvisio [81] (bei Nov. 115) und Gandinus [82] (unter dem

[80] Vgl. in diesem Zusammenhang auch can. 2222, § 1. — Das geltende kirchliche Strafrecht ändert demnach an dem bisherigen Rechtszustand praktisch nichts. Die Literatur zum neuesten kirchlichen Strafrecht gibt ebenfalls lediglich die gesetzlichen Bestimmungen wieder. Vgl. z. B. Frank in Münchener Festgabe f. K. v. Birkmeyer, Arch. f. Strafr. u. Strafpr., Bd. 65 (1917), S. 401 ff; Eichmann, Das Strafr. des Codex Iuris Canonici, Paderborn 1920, S. 27.

[81] Jacobi de Belvisio aurea lectura summam authenticorum et usus feudorum elucidans, Lugduni 1511, (bei Nov. 115) zitiert u. a. bei Bergmann, Das Verbot der rückwirkenden Gesetze im Privatrechte, Hannover 1818. (Das Werk selbst wurde nicht ermittelt.) Vgl. Näheres dazu bei Savigny, Geschichte d. röm. Rechts im Mittelalter, Heidelb. 1850, Bd. 6. S. 63 ff. Jacobus de Belvisio lebte etwa von 1270 — 1335.

[82] Albertus Gandinus, Tractatus de maleficiis, abgedruckt bei Kantorowicz, Alb. Gandinus und das Strafrecht der Scholastik, Bd. 2. 1926. Das Werk des Gandinus ist um 1300 entstanden.

Titel: De poenis reorum § 17) z. B. begnügten sich, den Standpunkt des Corpus iuris civilis und den des Corpus iuris canonici zu zitieren, wenn auch immerhin bei Gandinus Anzeichen eigener Ansicht zu verspüren sind. —

Wichtig für die Entwicklung unserer Lehre, besonders hinsichtlich der Frage der Rückwirkung des milderen Gesetzes, ist ein Rechtsgutachten des Richardus Malumbranus (gest. 1334) [83], das uns von Albericus de Rosate (Rosciate) (gest. 1354) [84] berichtet wird. Es handelte sich dabei kurz um folgendes:

Zwischen Padua und Venedig herrschte Streit über das Salzwesen, in dessen Verlauf Padua den Privatverkauf von Salz mit einer Strafe von 100 Pfund bedrohte [85]. Später erfolgte jedoch eine Herabsetzung des Strafsatzes auf 25 Pfund. Dem Malumbranus wurde nun die Frage vorgelegt, ob die unter der Herrschaft des ersten Gesetzes begangene Tat mit der in diesem festgesetzten Strafe von 100 Pfund oder nach dem zweiten milderen Gesetz mit nur 25 Pfund belegt werden sollte. Er sprach sich für die Rückwirkung des neuen milderen Gesetzes aus — ein Standpunkt, der bis zur Gegenwart nicht mehr aufgegeben wurde. Es sind nach seiner Meinung bei der Entscheidung dieser Rechtsfrage zwei Tatsachen ins Auge zu fassen: 1. das Vergehen selbst und 2. die Tilgung der Schuld, eine Untersuchung, die unabhängig von Malumbranus Jahrhunderte später ebenfalls gemacht wurde. Das Vergehen gehöre der Vergangenheit an, es falle demnach unter das alte Gesetz. Die Festsetzung der Strafe dagegen falle in die Zukunft und habe sich deshalb nach dem neuen Gesetze zu richten, also: rückwirkende Kraft des neuen milderen Strafgesetzes. Ein neues Gesetz, das eine früher verbotene Handlung erlaube, habe dagegen keine rückwirkende Kraft, weil es die Tat selbst, also die in der Vergangenheit liegende Tatsache betreffe.

Die Entscheidung des Malumbranus gelangte jedoch, weil ihr letzten Endes doch die tiefere Begründung fehlte, nicht zur allgemeinen Anerkennung, sie wurde sogar von dem in großem Ansehen stehen-

[83] Über sein Leben vgl. näheres bei Savigny, Geschichte S. 49 ff.

[84] Comm. super Codice. Lugduni 1545. Zu const. 7 de legg. No. 8 u. 9. Aber auch von den meisten anderen ist das Gutachten erwähnt und besprochen. Über sein Leben und Werk vgl. Savigny, Geschichte S. 126 ff.

[85] Es handelt sich hier um ein sog. temporäres Ausnahmegesetz. (Beispiel aus neuerer Zeit: Sozialistengesetz.)

den Bartolus de Sassoferrato (etwa 1314 — 1357)[86] bekämpft. Bartolus wollte stets die zur Zeit der Begehung der Tat bestehende angemessene und ordentliche Strafe angewendet wissen. Wenn aber aus einem bestimmten besonderen Grunde zur Zeit der Tat die Strafe verschärft oder vermindert gewesen sei, so entscheide das Gesetz, das zur Zeit der Erkenntnis gelte. Anders verhalte es sich bei den Gesetzen, die eine bereits auferlegte Strafe milderten. Derartige Gesetze sollten auf die früher verübten Verbrechen unbedingt Anwendung finden, womit aber nichts über die Milderung gesetzlicher Strafdrohungen gesagt wurde. Es muß also angenommen werden, daß Bartolus keineswegs jedem neuen milderen Strafgesetze rückwirkende Kraft zusprechen wollte.

Nicht unerwähnt lassen möchte ich schließlich die Ansicht des berühmten Baldus (etwa 1327 — 1400), obwohl sein Werk mir nicht zugänglich war[87]. Nach seiner Auffassung sind die Strafen positiv nach Form und Ursprung durch Zeit und Ort bestimmt. Das Gesetz setzt sich nach der Vergangenheit und Zukunft keine bestimmte Grenze und wirkt nur so weit, als es die innere Natur des Verbrechens mit seinen Normen deckt. Eine Ansicht, die natürlich abzulehnen ist.

Bartolomäus de Saliceto (gest. 1412)[88] brachte schließlich die Lehre zu einem gewissen Abschluß, indem er allgemein aussprach, daß ein neues milderes Gesetz auf frühere noch nicht bestrafte Übertretungen Anwendung finden solle. Seine und damit des Malumbranus Ansicht erlangte durch Marianus Socinus den Jüngeren (1482 — 1556)[89] im 17. Jahrhundert allgemeine Anerkennung, insbesondere durch den in Deutschland nicht selten zitierten Prosper Farinacius[90],

---

[86] In digestum vetus, Lugduni 1563. 1,9 de iustitia et de iure No. 49 — 51. Leben und Wirken vgl. bei Savigny, Geschichte S. 137 ff.

[87] Baldus, Super decretali, z. B. Lugduni 1537, zu cap. ult. X de constitut. No. 7, vgl. deshalb dazu Vosberg, a. a. O. S. 20, der auch einen Teil des lat. Textes abdruckte. Vgl. ferner Seeger S. 56. Über Leben und Wirken vgl. Savigny, Geschichte S. 208 ff.

[88] Commentaria utilissima et castigatissima super toto Codice, in: Bartholomaei a Saliceto . . . opera omnia. Francof. 1615, zu const. 7 de legg. Sp. 191 — 194. Sein Leben vgl. bei Savigny, Gesch. S. 259 ff.

[89] Mariani Socini Junioris Prima Pars Consiliorum, vivi profecto clarissimi usw. Lugd. 1550, Vol. I, cons. 21, No. 13 ff.

[90] Prosperi Farinacii Fragmenta criminalia, Lugd. 1646, s. vor lex 39. Das Ansehen wird z. B. bestätigt durch H. I. O. König, Lehrb. d. allg. jurist. Literatur. Halle 1785.

trotz gegenteiliger Ansicht des angesehenen französischen Juristen Connanus [91], der die Rückwirkung der Gesetze anerkannte. (Unter Heranziehung der Äußerung Ciceros als Stütze seiner Ansicht.) —

Fast sämtliche italienischen Juristen befaßten sich mit unserer Frage, und zwar stets unter Anführung der Ansichten anderer. Alle hier zu erwähnen, würde weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Es genügt auch durchaus, wenn die größten und bekanntesten hier besprochen werden, denn das sind gleichzeitig auch die Schriftsteller, die selbständige Begründungen zu geben versuchen. Wegen des Ansehens und Einflusses der Italiener in Deutschland und auf die deutsche Jurisprudenz war jedoch unbedingt auf ihre Schriften einzugehen. Denn durch sie, und das wird gerade auch durch die späteren Untersuchungen erhellt, fand die Ansicht des justinianischen Rechts, zugleich mit der Reception des gesamten römischen Rechtes in Deutschland Eingang.

B. Das deutsche Recht.

1. Bis zur Carolina.

Es dürfte von vorneherein klar sein, daß die Prüfung des ältesten deutschen Rechtes völlig negativ ausfallen muß. Denn hier fehlte ein Haupterfordernis, ohne das die Frage der Rückwirkung niemals aufzutauchen vermag: das geschriebene Recht. Nach germanischer Auffassung sind Rechtsgesetz und Sittengesetz gleich. Was Recht war, war vernünftig und was vernünftig war, war Recht. Das Recht lebte im Volk und mit dem Volk, so daß es außerordentlich schwierig war, und auch selten vorkam, daß neues Recht geschaffen wurde. »Was die Tradition, die Überlieferung, gebracht hatte, dünkte den Menschen richtig und gut. Das Alter sanktionierte das Recht und ließ die Formel erstehen: Altes Recht ist gutes Recht «. [92]. Wie sollte dabei das Problem der Rückwirkung in unserem heutigen Sinn entstehen können? Hinzu kommt, daß lange Zeit hindurch der Staat die Bestrafung eines großen Teils der Delikte, in der Hauptsache mit Ausnahme der Straftaten, die sich gegen seinen Bestand richteten, völlig der privaten Initiative überließ. Es ist das mit ein Grund dafür, warum man auf unser Problem überhaupt nicht kommen konnte.

Auch später, als infolge der Erstarkung der Königsgewalt sich aus der Privatstrafe die öffentliche Strafe entwickelte, kam es nicht

[91] Comment. in decretalia. Venetiis 1508, zu X de const. cap. ult. No. 30 ff.
[92] Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte. S. 71.

zur Ausbildung von Gesetzen, denn des Königs starke absolute Gewalt vertrug keine Bindung. Also war auch jetzt noch kein Platz für unsere Frage.

Die Stammesrechte (Volksrechte), ungenau »leges Barbarorum« genannt, sind in ihrer großen Masse keine leges, enthalten kein Gesetzesrecht, sondern aufgezeichnetes Gewohnheitsrecht, das vom Volk organisch aus sich selbst heraus entwickelt worden war. Deshalb verwundert es nicht, daß auch diese zu unserer Frage keine Stellung nehmen.

Die Lex Salica (entstanden um 510), die lex Ribuaria (Ende des 6. Jahrhunderts) und die anderen Volksrechte bieten noch nicht einmal einen Anhaltspunkt, aus dem irgendwelche Schlüsse gezogen werden könnten [93]. Lediglich im Edictum Rotharis von 643 c. 388 und in der lex Visigothorum (I, 12 (13) Visig. II und I, 9 (10) Visig. II) finden sich Stellen, die früher schon von Bekker [94] angeführt wurden. Auffallend ist, daß aber gerade das langobardische und das westgotische Recht zu den Volksrechten gehören, die am meisten unter dem Einfluß des römischen Rechtes gestanden haben. Sie können deshalb keineswegs, wie es Bekker tut, als Beleg für die Stellungnahme des ältesten d e u t s c h e n Rechtes angesehen werden. Sie sind vielmehr als typische Nachahmungen der römischen Kaisergesetze, namentlich der Einführungsgesetze zu den 3 Teilen des Corpus iuris zu werten. Für sie gilt deshalb auch dasselbe, was über diese justinianischen Gesetze gesagt wurde [95].

Ebenso war die Suche in den Kapitularen der fränkischen Könige erfolglos, wie auch die großen privaten Rechtsaufzeichnungen des Mittelalters — Sachsenspiegel, Schwabenspiegel und Spiegel Deutscher Leute — völlig schweigen. Einige Anhaltspunkte finden sich dagegen in einzelnen Stadtrechten. So z. B. in der schon nicht mehr als Stadtrecht zu bezeichnenden Summa legum brevis et utilis des Doctor Reymundus von Wiener-Neustadt [96], die bis nach Polen in

[93] Vgl. die jetzt im Auftr. d. Akademie f. Dt. Recht hrsg. Ausgaben in deutscher Übersetzung u. d. Tit. Schriften d. Ak. f. Dt. Recht, Gruppe Rechtsgesch. »Germanenrechte«, Texte und Übersetzungen, hrsg. von Frank, Bd. 1 ff. Weimar 1935 ff. (Die hier ebenfalls erschienenen Ausgaben der nordischen Rechte (Bd. 6 u. 7) zeigen, daß auch dort das Problem nicht bekannt war.)

[94] a. a. O. S. 200/201.

[95] Vgl. oben S. 36.

[96] Vgl. Gàl, Die Summa legum brevis et utilis. Weimar 1926. (Entstehungszeit zwischen 1340 und 1348 in Wiener-Neustadt.)

hohem Ansehen stand. Das Buch enthält neben Zivilrecht und Staatslehre auch Strafrecht und das Strafverfahrensrecht. Im 1. Buch im 5. Kapitel, Abs. 5 findet sich der Satz:

„Aber das gesatz wirt genannt von dem Wort »lego, legis, legere« oder von »ligo, ligas, ligare« wenn es bindet und streng alle Menschen in eine monat nach seiner setzung zw seiner behaltung."

Obwohl diese Stelle lediglich das Inkrafttreten der Gesetze unmittelbar betrifft, so kann aus dem Vorhandensein einer solchen Bestimmung doch geschlossen werden, daß Gesetze kaum rückwirkende Kraft gehabt haben können. Andererseits kann aber auch hier der römische Einfluß nicht geleugnet werden, wie allein schon die äußere Formulierung erkennen läßt. Das ist auch weiter nicht verwunderlich, da der Verfasser, wie mit Sicherheit angenommen werden kann, in Bologna studiert hat.

In den im Auftrag der Akademie für Deutsches Recht herausgegebenen »Germanenrechten«, Band 12 findet sich [97] als Einleitung zu dem Fuero von Leon (1017 entstanden) der Satz:

»Am 30. Juli des Jahres 1017 . . . sind wir in Leon . . . zusammengekommen, . . . und haben auf Geheiß des Königs folgende Gesetze beschlossen, die in künftigen Zeiten unverbrüchlich beobachtet werden sollen.«

Ferner findet sich im Urkundenbuch der Stadt Braunschweig [98] ein Gesetz betr. Münzdelikte von 1485, wo es heißt:

»Alle dusse bonen gesatten gesette artickele schullen anghan uppe tokommenden sondach Trinitatis, unde eyr nicht.«

Auch hier wird also ausdrücklich wiederum nur der Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes geregelt.

Und am Schluß der Malefizordnung für Laibach [99] gebietet Maximilian, daß Bürgermeister, Richter und Rat hinfür für ewige Zeit »nach laut diser ordnung vrteilen, Richten und Procedirn« sollen. Auch aus den zuletzt genannten Beispielen möchte ich schließen, daß rückwirkende Gesetze nicht erlassen worden sind. Jedenfalls findet sich unter der großen Zahl der von mir durchgesehenen Gesetze nirgends ein solches mit rückwirkender Kraft. Auffallend ist andererseits, wie wenig in den Gesetzen und Verordnungen dieser Zeit die Frage der zeitlichen Geltung angeschnitten wurde. M. E.

[97] a. a. O. S. 3 (betrifft germanisches Recht in Spanien).

[98] Hrsg. Braunschweig 1862.

[99] Vgl. Wahlberg, Die neuaufgefundene Malefizordnung f. d. Landeshauptstadt Laibach, in: Zeitschr. f. Rechtsgeschichte, Bd. 1. 1861, S. 460 ff.

ist das einmal so zu erklären, daß man eine ausdrückliche Regelung überhaupt nicht für notwendig hielt, daß man andererseits sehr wohl der Meinung war, daß Gesetze nur für die Zukunft wirken sollten. Vielleicht vermied man rückwirkende Gesetze, ohne daß es der damaligen Zeit ganz zum Bewußtsein kam. Zum anderen lag es wohl daran, daß vermöge der geringen Zahl von Gesetzen überhaupt kein Anlaß dazu bestand. An einer ausdrücklichen generellen Regelung für alle Fälle, wie wir sie in § 2a unseres heutigen Strafgesetzbuches haben, mußte in jener Zeit naturnotwendig es mangeln, denn es fehlte eine einheitliche Kodifikation, ein Strafrechtssystem, das eine derartige eindeutige Stellungnahme verlangt hätte oder auch nur zur Aufstellung allgemeiner Gesichtspunkte hätte Anlaß geben oder zu ihm hätte hinführen können.

Zu all dem kommt schließlich, daß die Gesamtheit der Stadtrechte keine eigentlich neuen Kodifikationen für ihren Geltungsbereich sein oder schaffen wollten, sondern daß sie doch letzten Endes nur Zusammenfassungen und schriftliche Niederlegungen des bis dahin bereits geltenden Gewohnheitsrechtes waren und schon deshalb das Verhältnis des alten zum neuen Rechte nicht mit bedacht, geschweige denn ausdrücklich mitgeregelt zu werden brauchte.

2. Von der Carolina bis zum 18. Jahrhundert.

a) Die Gesetzgebung.

aa) Das Reichsrecht.

Auch die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. ändert an den geschilderten Zuständen nichts. Es ist deshalb nicht weiter verwunderlich, wenn auch dieses wichtigste Gesetz des alten deutschen Kaiserreiches zu unserer Frage schweigt. Es liegt das insbesondere an dem Gesetz selbst. Sein Zweck war nicht, ein einheitliches deutsches Strafrecht zu schaffen, sondern die Carolina sollte in erster Linie die Verhängung völlig unkontrollierbarer Strafen verhindern. Die Gesetzgebung ging auf dem Gebiete des Criminalrechtes allgemein — und dieser Gesichtspunkt leitete den Gesetzgeber auch bei Erlaß der Carolina — zunächst von der Ansicht aus, daß man neues Recht nicht einführe, vielmehr das bestehende dem Volke einschärfe oder gegen irrige Auslegung sicherstelle [100]. Diesen Zielen dienten in erster Linie die vielen prozeßrechtlichen Bestimmungen der Carolina.

Ein Gesetz aber, das von derartigen Gedanken beherrscht wird, kann zur Frage der rückwirkenden Kraft der Gesetze nicht Stellung

[100] v. Bar, Gesetz und Schuld. S. 68.

nehmen. Schon allein deshalb vermag ich der Ansicht Zachariäs [101] nicht zuzustimmen, der aus den Worten der Vorrede [102] der Peinlichen Gerichtsordnung und dem Umstand, daß die Strafbestimmungen im allgemeinen gegenüber dem bisherigen Recht gemildert sind, die rückwirkende Geltung der neuen milderen Vorschriften des Gesetzes herleiten will. Legt man den Ton auf das Wort «hinfürter», so besagt der herangezogene Satz der Vorrede sogar gerade das Gegenteil von dem, was Zachariä aus ihm herauslesen will. Die rückwirkende Geltung der neuen milderen Bestimmungen kann aber auch deshalb nicht beabsichtigt gewesen sein, weil einer solchen Regelung auf der anderen Seite durch die Aufnahme der sog. salvatorischen Klausel wiederum jede Wirksamkeit entzogen worden wäre. Gegen Zachariä spricht aber auch, daß die großen Kommentatoren der Carolina an dieser Stelle völlig schweigen und unser Problem überhaupt nicht anschneiden [103].

In der sonstigen recht spärlichen Reichsgesetzgebung finden sich nur verhältnismäßig wenig Strafgesetze. Und diese wenigen wiederum nehmen zu unserem Thema weder ausdrücklich Stellung, noch lassen sich sonstige Schlüsse aus ihnen ziehen [104].

bb) Das Landesrecht.

Viel zahlreicher sind dagegen die Landesgesetze strafrechtlichen Inhalts. Die für unsere Frage so wichtigen zusammenfassenden Kodifikationen sind allerdings immer noch äußerst selten. Wenn ein Landesherr ein einheitliches Gesetzbuch schaffen ließ, so war dieses im Ergebnis doch immer nur eine Zusammenfassung des bereits bestehenden Rechts, die von Zeit zu Zeit durch die großen Gebiets-

[101] Über die rückwirkende Kraft . . . . S. 79.

[102] »Welche wir also in druck zu bringen verschafft haben / daß alle und jede unser und des Reichs underthanen sich hinfürter inn peinlichen Sachen inn bedenkung der gross und ferlichkeyt derselben / tetzt angezeygken begrieff / dem gemeinen rechten, billichkeyt und löblichen hergebrachten gebreuchen gemess halten mögen . . . .«

[103] z. B. Boehmer, J. S. Fr., Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam, Hallae 1740; Kreß, Joh. Paul: Commentatio in Constitutionem Criminalem Caroli V, Hannover 1721; u. a.

[104] Für das Zivilrecht scheint dagegen die Frage eindeutig zu Gunsten des Verbots rückwirkender Gesetze entschieden. Vgl. Emminghaus, Corpus Iuris Germanici, Jena 1844, insbes. S. 148 (Kaiserl. Konstitution v. 1529), S. 413 u. 415 (Reichsabschiede v. 1594 — § 66 u. § 86 — und vor 1654 — § 124 —, sowie die ebenfalls bei E. abgedr. Reichspolizeiordnung von 1577 — Tit. XVII, § 9 —).

verschiebungen innerhalb Deutschlands notwendig wurde. Wesentliche Änderungen des alten Rechtes enthielt sie nicht. Alle diese Kodifikationensversuche können überdies keineswegs als besonders gut gelungen bezeichnet werden [105]. Es ist denn auch nicht weiter verwunderlich, wenn diese Gesetze auf das Problem der zeitlichen Geltung der Gesetze nicht näher eingehen.

Um so zahlreicher sind kleinere strafrechtliche Gesetze, aus denen man m. E. doch die Stellungnahme jener Zeit zu unserer Frage entnehmen kann. Besonders viele Beispiele finden sich im sächsischen Recht. Auch hier wieder zeigt sich der überragende Einfluß, den das römische Recht in Deutschland gewonnen hatte. Denn mit dem rezipierten römischen Recht hat der Gedanke der Ablehnung rückwirkender Gesetze zweifellos zuerst in Deutschland Eingang gefunden, wenn auch das Verbot rückwirkender Gesetze anderen Einflüssen seine Entstehung verdankt und von einem wirklichen Dogma erst seit dem Ende des 18. Jahrhunderts gesprochen werden kann.

Im Codex Augusteus [106], Band I, Sp. 1123 — 1128 findet sich ein Mandat Kurfürst Johann Georgs I. zu Sachsen »wegen wucherlicher Contracte« vom 28. April 1625, dessen rückwirkende Anwendung verordnet wurde. Am Schlusse des Mandates heißt es:

> »Und weil Uns diesfalls nichts neues statuiret und gesetzet, sondern voriges unser geliebten Bruders seligen Mandat allein, und was die Leges sonsten heilsamlich verordnet, repertieret, so soll alles und jedes, so wol ad praeteritos als futuros casus, gemeynet und verstanden werden.«

Aus dieser Begründung kann m. E. ohne weiteres der Schluß gezogen werden, daß im umgekehrten Falle, wenn also das Mandat wirklich neues Recht eingeführt hätte, dieses nur für künftige Fälle anzuwenden gewesen wäre. Mit der gleichen Begründung wurde bereits durch kurfürstliches Rescript vom 26. Juli 1577 den Constitutiones Saxonicae vom 21. April 1572 [107] rückwirkende Kraft zugesprochen [108]. Mit anderer Begründung läßt ein kurfürstliches Rescript an den Leipziger Schöppenstuhl vom 20. August 1755 die rückwirkende Anwendung eines Gesetzes zu, die zugleich zeigt, daß außer dem römischen Recht für die Entstehung des ausnahmslosen

---

[105] Ich denke hier z. B. an die Theresiana von 1769.

[106] Vgl. den genauen Titel im Literaturverzeichnis.

[107] Codex Augusteus I, S. 118 ff.

[108] Vgl. dazu ferner: »Mandat die Diebe und Räuber betreffend« v. 14. Dez. 1753. (Cod. Aug. I. Forts. 1. Abt. Leipzig 1772, Sp. 798 — 803.)

Verbots rückwirkender Gesetze noch andere Einflüsse vorhanden gewesen sein müssen. Es heißt dort [109]:

> »Nachdem aber bereits anno 1723 durch das unterm 11. Jan. d. a. an sämtliche Dicasterra ergangene Erläuterungs-Rescript, daß auch wider diejenigen Räuber und ihre Complices, die man nicht in Flagranti betreten, sondern erst einige Zeit darnach, durch Steckbriefe oder sonst ausgeforschet oder erlanget, ob sie auch bloß Wache gehalten, oder von dem Raube nichts genossen, mit denen gesetzlichen Strafen, ohne alle Weitläufigkeit und Verstattung einer Defension verfahren werden solle, anbefohlen worden, mithin die vorangegangene Disposition des Mandats vom Jahre 1753 pro lege nova nicht zu achten ist, und wenn sie auch gleich davor anzusehen wäre, dennoch hierunter ad casus praeteritos, um deswillen allerdings zu ziehen sein würde, weil solche nicht die Bestimmung einer neuen Strafe sondern bloß den modum procedendi, welchen zu eines Verbrechers Wissenschaft zu bringen, keineswegs erforderlich ist, concerniret . . . . «

Beachtlich an dieser Begründung ist, daß die Rückwirkung deshalb für zulässig gehalten wird, weil es sich bei dem fraglichen Gesetz um ein Prozeßgesetz handelt, das »nicht in des Verbrechers Wissenschaft zu bringen ist«, womit umgekehrt für das materielle Strafrecht verlangt wird, daß es dem Verbrecher vorher zur Kenntnis zu bringen ist.

Diese Beispiele beweisen, daß jedenfalls die sächsische Gesetzgebung rückwirkende Gesetze grundsätzlich verwarf. Ausnahmen von der Regel bedurften anscheinend einer besonderen Begründung, m. E. aber in erster Linie deshalb, weil das angesehene römische Recht sonst nicht damit in Einklang gestanden hätte, vielleicht aber auch deshalb, weil solche Gesetze nicht ganz dem Gerechtigkeitsgefühl entsprachen. Des öfteren findet sich denn auch lediglich das Wörtchen »hinfüro« in den Gesetzen als Hinweis darauf, daß das fragliche Gesetz oder die fragliche Verordnung nur für die Zukunft Anwendung finden soll. Aus einer Constitution vom »anvertrauten Gute« vom 26. September 1705 [110], die ein früheres Gesetz über gewisse Unterschlagungen und Betrügereien (v. 10. Okt. 1584, wiederholt im Edikt v. 26. Juni 1587) [111], teils bestätigte, teils aber auch verschärfte, glaubt Seeger [112] schließen zu können, daß das sächsi-

[109] Abgedruckt bei Lorenz, diss. de obligatione legis in praeteritum, Lipsiae 1770, § IX u. XXI (— leider nicht zugänglich —) und Seeger a. a. O. S. 62.

[110] Cod. Aug. I, S. 1172 — 1176.

[111] Cod. Aug. I, S. 1047 — 1050.

[112] a. a. O. S. 62 ff.

sche Recht, die milderen Bestimmungen eines Gesetzes dem Verbrecher habe stets zu Gute kommen lassen. In der genannten Constitution heißt es:

» . . . daß niemand auf den Gedanken geraten möge, es wären durch diese Verordnung und Erläuterung alle bisherigen oder vor geraumer Zeit wieder angeregte Constitution begangener Verbrechen gleichsam abolieret und abgethan, welches doch unsere Meinung durchaus nicht ist . . . . So befehlen wir hiermit ernstlich, daß wider alle diejenigen, so hiebevor oder bisanhero hierunter mißhandelt, ohne allen Zeitverlust inquiret, auch im übrigen nach dem Buchstaben der alten Constitution . . . . verfahren werde. Bei künftigen Fällen aber ist gegenwärtiger Unserer jetzigen Verordnung allenthalben unverbrüchlich nachzugehen.«

Wie bereits Vosberg [113] richtig ausführt, dürfte auch hier wiederum nur der justinianische Satz »lex non est trahenda ad praeteritum« wiederholt worden sein. Einen Unterschied zwischen milderen und härteren Gesetzen hat man dabei jedoch nicht machen wollen. Die weiterhin mit Bezug auf Lorenz [114] aufgestellte Behauptung, daß die Nichtanwendung neuer milderer Gesetzesbestimmungen der ausdrücklichen Landesherrlichen Verfügung bedurft hatte, konnte auf ihre Richtigkeit nicht geprüft werden [115]. Die Schrift von Lorenz stammt aber aus einer Zeit, in der bereits andere Einflüsse [116] Auswirkungen zeigten, so daß dieser Standpunkt sehr wohl von Lorenz vertreten worden sein kann. Ich halte es deshalb nicht für richtig, vom römischen Recht bis auf Lorenz (— seine Schrift ist 1770 erschienen —) eine Entwicklungslinie zu ziehen, wie es überhaupt falsch ist, den Ursprung unserer Frage allein im römischen Recht zu suchen. Doch darüber Näheres weiter unten.

Preußische Strafgesetze mit rückwirkender Geltung habe ich dagegen nicht gefunden. Die im Corpus Constitutionum Marchicarum [117] enthaltenen Strafgesetze ordnen meist mit der Redewendung »hinfüro« die Nichtrückwirkung an. [118] Gelegentlich findet

[113] a. a. O. S. 27.
[114] a. a. O. § XI.
[115] Vgl. Anm. [109] der Arbeit.
[116] Vgl. unten Abschnitt III.
[117] Hrsg. von Chr. Otto Mylius, Berlin 1737 ff.
[118] So z. B. Edict wider die Wilddiebe v. 1574 (a. a. O. Teil II, Abt. III, Sp. 6), desgl. von 1582 (a. a. O. Sp. 7 ff.), ferner Edict wider das Strauch-Reitten, Strassen-Räuberey und gewaltsamen Stehlen v. 1612 (a. a. O. Sp. 9 12), Edict, »dass die Hausdiebe gleich den anderen Dieben sollen gestraffet werden« v. 1684 (a. a. O. Sp. 19 — 20) u. viele andere.

sich auch die Bemerkung »von dato an« oder »a dato publicationis dieses Patents«, wie z. B. im »Geschärfften Edict wegen derer in denen Residentzien mit Einbruch, Einsteigen oder anderer Vergewaltigung beschehenden Diebstähle . . .« von 1700 und der »Renovatio« desselben von 1705 [119]. Auch diese Beispiele lassen sich für unsere Frage auswerten. Sie können nicht nur als Angabe des Zeitpunktes für das Inkrafttreten der betr. Gesetze angesehen werden. Noch deutlicher zeigt sich dies vielleicht bei anderen Gesetzen, wie z. B. im »Edict, daß die Juden, welche auf Posten gestohlene Sachen verwerten . . .« von 1710, wo es heißt:

» . . . diesem nach verordnen wir hiermit, daß ins künftige diejenigen Juden, welche . . . «

Welche Ausdrucksweise im einzelnen auch gewählt wird, aus der Abfassung der Gesetze ergibt sich jedenfalls die grundsätzlich ablehnende Haltung auch der preußischen Gesetzgebung gegenüber rückwirkenden Strafgesetzen.

Merkwürdigerweise scheinen Strafprozeßgesetze auch in Preußen bereits damals regelmäßig rückwirkende Kraft gehabt zu haben [120].

Daß auch im württembergischen Recht die Regel des römischen Rechtes galt, bezeugt Seeger [121]. Auch hier scheint es Ausnahmen gegeben zu haben, wie das »Rescript über Unzuchtverbrechen« vom 13. bis 31. Oktober 1659 [122] beweist. Diese Ausnahme wurde allerdings auch wiederum besonders begründet.

b) Die Praxis.

Ältere Entscheidungen, die sich mit unserer Frage befassen, gibt es naturgemäß wenige. Zu erwähnen sind vor allem drei Gutachten der Tübinger Juristenfakultät [123]. In allen drei Fällen wurde die Rückwirkung des Strafgesetzes verworfen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um mildere oder strengere Gesetze handelte.

---

[119] a. a. O. Sp. 35 ff.

[120] Vgl. »Criminal-Ordnung vor die Chur- und Neumark v. 8. Juli 1717«, Cap. XIII, § 2 (»Gleich nun unser ernster und gnädigster Wille ist, dass sofort nach Publikation dieser Criminal-Ordnung dieselbe zur beständiger Observanz gebracht werden solle«).

[121] a. a. O. S. 61.

[122] In Rieckes Württemberg. Gerichtsgesetzen, T. III, S. 13 f. (Seeger a. a. O. S. 61.)

[123] Consilia et responsa Facultatis Juridicae Tubingensis Vol. I, cons. 89, Vol. IV, cons. 54, Vol. VIII, cons. 35. (Tubingae, Francofurti et Giessae 1721, 1723, 1741.)

In ganz derselben Weise nahmen die »Decisiones supremi trib. provocat. Hasso-Casselani« zu der Frage Stellung [124].

Dagegen soll, wie Seeger (S. 62) aus der genannten Abhandlung des Lorenz entnommen hat, die sächsische Praxis sehr wohl zwischen dem strengeren und dem milderen Strafgesetz unterschieden haben und das neue mildere auch den Übertretern des früheren Gesetzes haben zu Gute kommen lassen.

c) Die Wissenschaft.

Auch die Wissenschaft — soweit sie überhaupt unsere Frage anschneidet — versagt im Anschluß an das römische Recht und die genannten Italiener der härteren Strafe die rückwirkende Anwendung. Eine Scheidung in härtere und mildere Gesetze findet sich dagegen noch nicht überall.

Nicht zu unserer Frage Stellung nimmt einer der bekanntesten Juristen der damaligen Zeit: Benedikt Carpzow. Das kann jedoch dann nicht verwundern, wenn man bedenkt, daß gerade Carpzow derjenige gewesen ist, der die Lehre von der poena extraordinaria weiter entwickelt und ihr eine umfassendere Form gegeben hatte [125], nach der weder die Poenalisierung, noch die Strafzumessung an eine gesetzliche Schranke gebunden war. Beides soll aber gerade mit dem Verbot rückwirkender Gesetze verhindert werden.

Ebenso findet sich, wie bereits kurz gestreift, in den Schriften der großen Kommentatoren der Peinlichen Gerichtsordnung Karls V., wie z. B. Kress [126] und Boehmer [126], ferner bei Leyser [127], kein Anhaltspunkt, aus dem sich ihre Ansicht zum Problem der Rückwirkung entnehmen ließe. Es liegt das, wie schon oben betont, auch hier wieder an dem Fehlen einer abschließenden Kodifikation des Strafrechts. Die Carolina kann noch nicht einmal als Versuch einer solchen bezeichnet werden. Eine besondere Wissenschaft des Strafrechts, die an deren Stelle hätte treten und die durch systematische Darstellung dieses Rechtsgebietes zu unserem Problem hätte kommen können, gab es ebenfalls noch nicht. Sie begann erst langsam als besonderer Zweig der Rechtswissenschaft zu entstehen. Die Früchte dieser Entwicklung zeigen sich um die Wende des 18. zum 19. Jahrhundert. Zu jenem Zeitpunkt liegen eine ganze Reihe von »Entwürfen

[124] a. a. O. Tom. I (Kassel 1768), decis. 33, Nr. 1, 5, 6 (S. 102, 103), decis. 35, Nr. 13, 14 (S. 111).

[125] Vgl. darüber seine »Practica . . . « pars III, quaestio 133.

[126] Vgl. Anm. [103] dieser Arbeit.

[127] Leyser, Aug.: Meditationes ad Pandectas, Lpz. 1717.

zu Strafgesetzbüchern«, von »Systemen« und »Revisionen« vor, die die Forderungen enthalten, die von den Verfassern an ein zukünftiges einheitliches Strafrecht gestellt werden. Ihre Gedankengänge sind jedoch, auch soweit der eine oder andere Schriftsteller unserer Frage einen Abschnitt widmet, nicht die Fortentwicklung des römischen Rechtes, sondern die folgerichtige Durchführung der großen neuen Ideen ihrer Zeit. Das muß hier auch wieder gegen Seeger festgestellt werden.

Noch rein auf dem römischen Recht fußten Schönborner [128], Teutler [129], Berlich [130] und eine in älteren Schriften gelegentlich zitierte Dissertation von Lynker [131]. Alle, außer Teutler, versagten dem neuen härteren Gesetz die Rückwirkung. Gewisse Unterscheidungen zwischen strengeren und milderen Strafgesetzen machten die bereits genannten Lorenz [132] und Voet [133], die allgemein jedem Gesetz, das eine Einrede oder Befreiung einführt, rückwirkende Kraft beilegten. Voet scheint also die Rückwirkung neuer milderer Gesetze anzuerkennen. Das gleiche muß von Engau [134] angenommen werden, der ausführt:

> »Notes etiam, quod, si variae leges provinciae, in qua crimen commissum est, variam poenam dictitent, ea attendi debeat quae tempore delicti fuit constituta.«

Bei den Schriftstellern der letzten Jahrzehnte des 18. Jahrhunderts ist der Einfluß des Naturrechts und der Aufklärung bereits zu offensichtlich, so daß ihre Lehre zweckmäßig im folgenden besonderen Abschnitt dargestellt wird. Sie kommen ohne römisches Recht und die bisher dargestellte Literatur ebenfalls zu einer Verwerfung der rückwirkenden Strafgesetze. Sie sind es erst, die ein wirkliches Verbot rückwirkender Strafgesetze entwickeln und die allgemeine gesetzliche Niederlegung dieses Verbotes veranlaßten, wie es letzten Endes bis zur Gegenwart bestanden hat.

---

[128] Politicorum lib. III, Cap. VI n. 2. Lipsiae 1610.
[129] Selectarum disputationum ad ius civile Justin. Vol. I, Th. 5 u. 6. Francofurti 1627.
[130] Decisiones aurae, pars II, decisio nr. 159, Lipsiae et Francofurti 1699.
[131] Diss. de vi legis in praeteritum, Jena 1681, in 3. Aufl. 1751, zitiert z. B. bei Seeger, S. 61. Die Diss. selbst habe ich nicht auffinden können.
[132] Nach Seeger im § X und § XI.
[133] Voet, Commentarius ad pandectas, Collon. Allobr. 1778, Tom. I, Tit. 3, Nr. 17.
[134] Elementa iuris criminalis, Jenae 1753, § 86 am Ende.

III. Abschnitt:
Der Einfluß des Naturrechts und der Aufklärung.

A. Allgemeine Grundlegung.

Während durch die bisherige Untersuchung nachgewiesen wurde, daß aus dem römischen Recht Justinians über die italienische Jurisprudenz unser Grundsatz frühzeitig in Deutschland Eingang gefunden hatte, mußte auf der anderen Seite immer wieder die Einschränkung geltend gemacht werden, daß auch noch andere Faktoren mitgewirkt haben müssen, die erst zu einem wirklichen Verbot rückwirkender Gesetze geführt und damit die tiefere wissenschaftliche Begründung geliefert haben.

Rückschauend betrachtet, kann man wohl sagen, daß die zur Stützung der jahrhundertelang in Gesetzgebung, Wissenschaft und Rechtsprechung vertretenen Ansicht vorgebrachten Gesichtspunkte weiter nichts als ein Abschreiben, verbunden allerdings auch mit einer gewissen Aus- und Weiterführung des Grundgedankens der const. 7 de leg. sind. Ein wirkliches Verbot rückwirkender Strafgesetze konnte erst die Ausbildung des Freiheitsbegriffes durch das Naturrecht und die Vollendung dieser Gedanken durch die Aufklärung begründen. Die konsequente Durchführung dieser Weltanschauung mußte notwendig zu unserer Frage hinführen, auch wenn sie bisher nicht bekannt gewesen wäre. Ich möchte sogar annehmen, daß damals das Problem neu entdeckt wurde, weil der Ausgangspunkt, der mit dem bisherigen überhaupt nichts zu tun hat, völlig neu war.

Neben dieser staatsrechtlichen vom Freiheitsbegriff ausgehenden Entwicklungslinie ist eine strafrechtliche zu unterscheiden, die ebenfalls die Naturrechtslehre zum Ausgangspunkt nimmt. Denn das Naturrecht hat letzten Endes auch die Herausarbeitung eines allgemeinen Teils des Strafrechtes und der Strafgesetzbücher, sowie zur Betonung relativer Strafzwecke und Aufstellung einer großen Zahl relativer Strafrechtstheorien um die Wende zum 19. Jahrhundert veranlaßt. Die Hervorkehrung relativer Strafzwecke bietet aber wiederum neue Möglichkeiten zur Begründung der Forderung nach einem Verbot rückwirkender Strafgesetze.

Gerade diese beiden Wurzeln sind von der Literatur, die sich rein historisch mit unserer Frage befaßt, merkwürdigerweise völlig übersehen worden, obwohl allein auf sie die gegenwärtige

Bedeutung der Frage zurückzuführen ist[135]. Besonders Seeger und Vosberg messen dem römischen Recht zu große Bedeutung bei und vergessen dadurch ein wesentliches Stück der Entwicklungsgeschichte.

B. Die staatsrechtliche Wurzel.

1. Die Lehre vom Staatsgründungsvertrag und die Ausbildung des Freiheitsbegriffes als Grundlagen.

Nach der naturrechtlichen Lehre sind die Menschen in einem vorstaatlichen Zustand (— Naturzustand —) vollkommen frei. Die Staatsgründung wird in der Weise gedacht, daß die bis dahin völlig freien Individuen zusammentreten und auf einen Teil ihrer Rechte freiwillig zu Gunsten einer besonderen Organisation, des Staates, verzichten. (— Staatsgründungsvertrag —)[136]. Nicht alle Rechte aber will und kann der Einzelne aufgeben. Denn es gibt gewisse unabtretbare Rechte, die auch vom Staat nicht angegriffen werden dürfen. Das Individuum hat sogar einen Anspruch auf Schutz der ihm noch verbleibenden Rechte. Langsam gelangt so der Gedanke von den »Menschenrechten« zur Entstehung.

Die Hervorhebung dieser Freiheitsrechte und eine bestimmte Auffassung dieser Rechte führt schließlich zum Verbot rückwirkender Strafgesetze, während ihre Garantie den Anstoß zu der Forderung nach Ausschluß von Gewohnheitsrecht und Analogie gibt, worauf Hennings zutreffend in seiner Dissertation hinweist.

Zweckmäßigerweise seien im folgenden die Einzelheiten an den Lehren Montesquieus und Lockes näher dargetan. Denn an ihre Namen und den Einfluß ihrer Lehren knüpft sich, wenn auch nicht unmittelbar, das Verbot rückwirkender Strafgesetze, wie es bis in die jüngste Zeit fast unangefochten gegolten hat.

2. Montesquieus Lehre und das Verbot rückwirkender Gesetze.

Vorweggeschickt sei, daß eine ausdrückliche Äußerung zu unserer Frage in den Schriften Montesquieus nicht gefunden wurde, so daß seine Stellungnahme aus der Gesamtheit seiner Lehre gefolgert werden muß. Denn »es braucht nicht immer der Wortlaut einer Lehre

[135] In den Schriften zur Geschichte des Satzes »nulla poena sine lege« wurden dagegen seit Schottländer und Elvers beide Wurzeln klar herausgearbeitet. (Bes. gut neuerdings von Hennings in seiner bereits genannten Dissertation.)

[136] Über den Ursprung des individualistischen Ideenkreises vgl. Othmar Spann, Der Wahre Staat, Jena 1931, S. 61 ff.

die Entwicklung zu bestimmen, sondern das kann auch durch die Tendenz geschehen, die in ihr zum Ausdruck kommt« [137].

Aber auch seine Lehre kann nicht, jedenfalls nicht unmittelbar, der Anlaß für die spätere allgemeine gesetzliche Anerkennung des Verbotes rückwirkender Gesetze gewesen sein. —

Montesquieu gibt in seinem »Esprit des lois« [138] eine Begriffsbestimmung dessen, was er unter der politischen Freiheit versteht:

> « . . . la liberté politique ne consiste point à faire ce que l'on veut. Dans une état, c'est à dire dans une société ou il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être, point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir. . . La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent, . . . «

Einzig und allein die Gesetze geben also an, ob etwas erlaubt ist oder nicht. Solange kein Gesetz besteht, kann jeder tun und lassen was er will, ein Zustand, der jedoch nur so lange möglich ist, wie das Individuum im Naturzustande lebt, denn nur solange ist der Mensch gut. Im Staat aber beginnt ein Krieg aller gegen alle; jeder will möglichst viel Macht an sich ziehen, der Stärkere unterdrückt den Schwächeren. Um das zu vermeiden, sind Gesetze notwendig, die vor allem das Verhältnis des Einzelnen zum Staat regeln müssen.

Da letzten Endes der Staat die größte Macht hat und auf der anderen Seite der Einzelne am meisten durch eine mißbräuchliche Ausnutzung dieser Macht bedroht wird, verlangt Montesquieu ihre Aufteilung in eine gesetzgebende, ausführende und richterliche Gewalt. Die Aufgabe der einzelnen Gewalten ist genau von einander abgegrenzt.

Die Gesetzgebung steht allein der dafür geschaffenen Gewalt zu. Der Richter hat lediglich bestehende Gesetze mechanisch anzuwenden und die darin bestimmten Strafen auszusprechen [139]. Selbständige Untersuchungen darüber, ob auf eine Tat ein Gesetz Anwendung finden kann oder nicht, das zur Zeit der Tat noch nicht vorhanden war, sind ihm deshalb verboten. Sie würden seiner Aufgabe widersprechen. Infolgedessen kann unsere Frage für Montesquieu überhaupt nicht entstehen, zumal er weiter davon ausgeht, daß das Gesetz lückenlos ist, also auch für den Gesetzgeber unser Problem nicht entstehen wird. Folglich entsteht auch ein Widerspruch mit

---

[137] Hennings a. a. O. S. 39.

[138] Livre XI, chap. III.

[139] Livre VI, chap. VI: «Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la vigueur».

dem oben dargelegten Freiheitsbegriff für ihn nicht. Durch diese strenge Bindung des Richters an das Gesetz muß seine Lehre einem Verbot rückwirkender Gesetze sogar ablehnend gegenüberstehen.

Es dürfte nach diesen Darlegungen klar geworden sein, daß man keineswegs ohne weiteres sagen kann, Montesquieus Lehre sei der Anlaß zu der späteren gesetzlichen Regelung des Verbotes rückwirkender Strafgesetze gewesen.

3. Lockes Lehre und das Verbot rückwirkender Gesetze.

Ebenso wie Montesquieu nimmt auch John Locke nicht ausdrücklich zu unserem Problem Stellung, so daß wiederum die gesamte Lehre den Untersuchungen zu Grunde gelegt werden muß, so weit sie für die Entwicklung unserer Frage von Bedeutung sein könnte.

Nach Locke war — im Gegensatz zu Montesquieu — der Mensch im Naturzustand nicht völlig frei, sondern dem Naturgesetz unterworfen [140]. Leben, Freiheit und Eigentum des Einzelnen bestimmten sich nach diesem »law of nature«. Wurden die dem Individuum nach dem Naturgesetz zustehenden Rechte von anderen angegriffen, so hatte der Verletzte das Recht zu strafen. Zur Hebung der Sicherheit — denn es gab keine allgemein anerkannten Gesetze und jeder strafte nach Gutdünken — und zur Schaffung einer vollziehenden Gewalt wurde der Staat gegründet. Damit haben aber auch jetzt noch nicht die Bindungen des Naturrechts aufgehört. Nach Lockes Ansicht werden sie in vielen Fällen nur enger gezogen. Menschliche Gesetze haben nur anerkannte Strafen hinzugefügt. Das Naturrecht ist also für Locke gewissermaßen die ewige Ordnung für alle Menschen, auch für den Gesetzgeber. Kein menschliches Gesetz kann gut oder gültig sein, das ihm widerspricht [141].

Es ist nun durchaus möglich, daß eine Tat nach den staatlichen Gesetzen nicht strafbar ist, wohl aber dem Naturgesetz widerspricht. Hierbei taucht die Frage auf, ob auch diese Handlung ein Verbrechen ist. Die Antwort, die von Locke hierauf gegeben wird, muß entscheidend für die Feststellung sein, ob Locke rückwirkende Strafgesetze für zulässig hält oder nicht. Zutreffend weist bereits Hennings [142] darauf hin, daß, falls die Frage bejaht wird, die Bestrafung nur in der Weise erfolgen kann, daß die gesetzgebende Gewalt [143] den Tatbe-

[140] Locke, Two Treatises of Government II, Kap. 4, Nr. 22 am Anfang.

[141] Locke a. a. O. II, 135 am Ende.

[142] a. a. O. S. 46.

[143] Auch Locke kennt eine Gewaltentrennung. Er unterscheidet jedoch eine legislative, executive und eine föderative Gewalt. Eine richterliche Gewalt im Sinne Montesquieus kennt Locke nicht. Die föderative Gewalt hat nur völkerrechtliche Funktionen.

stand als einen strafrechtlichen feststellt und die Strafe bestimmt, daß sodann die Executive dieses für alle gleiche Gesetz durchführt. Es kann sich also hier nur darum handeln, »ob die gesetzgebende Gewalt berechtigt ist, einen konkreten Tatbestand zum Anlaß zu nehmen, nunmehr ein allgemeines Gesetz zu geben, das aber zugleich schon den zum Anlaß genommenen Fall mit umfaßt« [144]. Auf diese Weise taucht also das Problem bei Locke auf. —

Gegen die Zulässigkeit einer solchen Gesetzgebung spricht m. E., daß Locke mit großer Bestimmtheit öffentlich bekannt gemachte Gesetze verlangt [145], weil das ungeschriebene Naturrecht mit zu großer Ungewißheit verknüpft sei. Auch II, 142 verlangt er feste, öffentlich bekannt gemachte Gesetze. Diese Forderung würde doch gewiß nicht mit solcher Bestimmtheit erhoben werden, wenn das nach Locke in der Seele des Menschen zu findende Naturrecht stets gleichmäßig angewandt werden könnte und niemals bei der Anwendung zu Zweifeln Anlaß geben würde. Wenn nach Lockes Lehre gerade die Staatsgründung deshalb erfolgte, um die im Naturzustand herrschende Ungewißheit zu beseitigen, so würde es dem widersprechen, wenn man diese Unsicherheit auf andere Weise nach der Staatsgründung wieder hervorrufen oder beibehalten würde. Ich möchte deshalb aus den angeführten Stellen entnehmen, daß Gesetze der fraglichen Art nach Locke unzulässig sind, daß also seine Lehre rückwirkende Gesetze verwirft.

Eine Einwendung ist allerdings damit nicht beseitigt, die Hennings [146] besonders hervorhebt und die für die Zulässigkeit einer Gesetzgebung der hier fraglichen Art spricht: Die im Naturzustand bei jeder Verletzung der natürlichen Rechte dem Einzelnen zustehende Strafgewalt ist bei Staatsgründung auf diesen übergegangen, unter Aufrechterhaltung der Bindung des Naturgesetzes, so daß der Einzelne auch jetzt noch einen Anspruch gegen den Staat dergestalt behält, daß er vom Staate die Ausübung der auf ihn übertragenen Strafgewalt verlangen kann, und zwar auch dann, wenn ein Gesetz nicht besteht!

Trotz dieses an sich berechtigten Einwandes kann aber zum mindesten ein gewisser Einfluß Lockes auf die weitere Entwicklung unserer Frage nicht abgestritten werden.

---

[144] Vgl. Anm. [142] dieser Arbeit.
[145] Vgl. a. a. O. II, 136 und 137.
[146] a. a. O. S. 47.

4. Zusammenfassung.

Die vorstehenden Untersuchungen haben gezeigt, daß nicht so ohne weiteres behauptet werden darf, die Lehren Lockes und Montesquieus seien der Anlaß für die spätere Auffassung und gesetzliche Niederlegung des Verbotes rückwirkender Strafgesetze gewesen. Die Darstellung hat vielmehr gezeigt, daß beide a u s d r ü c k l i c h überhaupt keine Stellung nehmen, daß Montesquieu sogar vermöge seiner Lehre auf die Frage überhaupt nicht kommen konnte, während der Tendenz der Lehre Lockes das Verbot rückwirkender Gesetze durchaus entspricht. Inwieweit b e i d e Lehren trotzdem auf die weitere Entwicklung von Einfluß waren, wird die folgende Untersuchung zeigen.

5. Die Auswirkungen der Lehren.
Die gesetzliche Niederlegung des Verbotes rückwirkender Strafgesetze.

a) I n N o r d a m e r i k a.

I. Die erste gesetzliche Niederlegung des Dogmas vom Verbot rückwirkender Strafgesetze finden wir in den Verfassungen einiger nordamerikanischer Staaten, die in unserem Zeitabschnitt ihre Unabhängigkeit erlangt haben, und zwar in den dem eigentlichen Verfassungstexte vorausgeschickten »bills« oder »declarations of rights«. So heißt es in der Deklaration von Maryland [147] vom 11. Nov. 1776:

> «XV. The retrospective laws, punishing facts committed before the existence of such laws, and by them only declared criminal, are oppressive unjust, and incompatible with liberty; wherefore no ex post facto law ought to be made.»

Eine gleichlautende Bestimmung findet sich in der Deklaration von North-Carolina vom 18. Dez. 1776 [148], und einen ganz ähnlichen Wortlaut enthält die Verfassung von Massachusetts (vom 2. März 1780) Art. XXIV:

> «Laws made to punish for actions done before the existence of such laws, and which have not been declared crimes by preceding laws, are unjust, oppressive and inconsistent with the fundamental principles of a free government.»

[147] Poore, Ben Perley: The Federal and State constitution, colonial charters and other organic laws of the United States. Washington 1877, Bd. I, 818. (Deutscher Text z. B. bei Engelhard, Die Verfassung d. Ver. Staat. v. Nordamerika. Ffm. 1843, Bd. I, S. 269/70.)

[148] Poore a. a. O. Bd. II, S. 1410 (Engelhard a. a. O. Bd. I, S. 27).

Ferner sei noch angeführt Art. XXIII [149] der Verfassung von New Hampshire vom 31. Okt. 1783:

> «Retrospective laws are highly injurious, oppressive and unjust. No such laws, therefore, should be made, either the decision of civil causes, or punishment of offences.» [150].

II. Während in der alten Welt zu unserer Frage — abgesehen vom recipierten römischen Recht — ausdrücklich nicht Stellung genommen wird und auch aus den Lehren der Zeit sich nur ungefähre Anhaltspunkte entnehmen lassen, haben die neu entstandenen nordamerikanischen Staaten zu gleicher Zeit mit außerordentlicher Klarkeit und Schärfe rückwirkende Gesetze verboten. Die herrschende Lehre [151] begnügt sich zur Erklärung dieser Tatsache mit der Feststellung, daß man eine ausdrückliche Bestimmung des Verbots rückwirkender Gesetze für notwendig gehalten habe, »weil (— in England —) weder die Magna Charta noch die Petitions of Rights die bills of attainder und die bills of pains hätten verhindern können« [152]. Diese Ansicht geht also davon aus, daß bereits die Magna Charta von 1215 das Verbot rückwirkender Gesetze enthalten habe [153] und daß mit dieser der Grundsatz nach Amerika gelangt sei. M. E. ist diese Ansicht unzutreffend, denn wie heute noch, so bestand auch damals das englische Recht und ganz besonders das Strafrecht fast nur aus Gewohnheitsrecht, womit schon eine Grundvoraussetzung für die Entstehung des Verbots rückwirkender Gesetze fehlte: das geschriebene Gesetz. Dazu kommt noch weiter, daß in England bis ins 17. Jahrhundert der Begriff des Gesetzes im materiellen Sinn unbekannt war. Bis dahin war das englische Gesetz

[149] Poore a. a. O. Bd. II, S. 1282 (Engelhard a. a. O. Bd. I, S. 115).

[150] Vgl. auch die Konstitution der Union v. 17. Sept. 1787 (Art. 1, XI, § 3 u. Art. 1 X, § 1). Von den späteren Verfassungen der Gliedstaaten vgl. z. B. South-Carolina (1790), Art. 9, § 2; Georgia Art. 4, § 5; Kentuky (1800) Art. 10, § 18; Tenessee (1796) Art. 11, § 11; Ohio (1802) Art. 8, § 16; Indiana (1816) Art. 1, § 18; Luisiana (1812) Art. 4, § 20; Mississippi (1817) Art. 1, § 19; Maine (1819) § 11. Der jeweilige Wortlaut schließt sich eng an den der angeführten Beispiele an.

[151] Schottländer a. a. O. S. 55; Träger a. a. O. S. 344.

[152] Schottländer a. a. O. S. 55. — Über den Begriff der im 14. Jahrhundert in England aufgekommenen bills of attainder bzw. bills of pains and penalities vgl. Träger a. a. O. S. 344, Anm. 1.

[153] Und zwar in Artikel 39: «Nullus liber homo capiatur vel imprisionetur aut dissaisiatur aut utlegatur aut exuletur aut aliquo modo destruator nec super eum ibimus nec super eum mittemus nisi per legale judicium parium vel per legem terrae».

nur eine Art Urteilsspruch [154], eine Bestätigung bereits bestehenden Rechtes. Für ein »Verbot rückwirkender — Gesetze« war unter diesen Umständen kein Raum.

Vielmehr erscheint mir die Ansicht von Hennings (bes. S. 68 ff.) richtig, der annimmt, daß sich das Verbot rückwirkender Gesetze in Amerika aus einer Synthese des naturrechtlichen Freiheitsbegriffes, insbesondere der Locke-Montesquieuschen Lehre, vermittelt durch den Engländer Blackstone, entwickelt hat.

Den Einfluß ihrer Lehren bestätigten die einzelnen Deklarationen. Schon rein äußerlich zeigen sich Redewendungen, wie z. B. Art. XXI der Verfassung von Maryland, wo von life, liberty and proberty die Rede ist, die deutlich auf das Naturrecht und Locke hinweisen, der in seiner genannten Abhandlung diese Worte in der gleichen Reihenfolge oft gebraucht. Locke verdanken die Engländer — und damit auch die Kolonien — die Kenntnis des materiellen Gesetzesbegriffes [155], womit erst die Grundlage für die spätere Entwicklung unserer Frage geschaffen war.

Aber auch der Einfluß Montesquieus kann nicht geleugnet werden [156]. Zusammen mit seiner Gewalten-Teilungslehre [157] ist auch der von ihm scharf herausgearbeitete materielle Gesetzesbegriff bekannt geworden.

Schließlich ist noch zu bedenken, daß das Verbot rückwirkender Gesetze seine Begründung unter anderem in der starken Betonung der Freiheit des Individuums findet, zu dessen Schutz es als Schranke gegen die gesetzgebende Gewalt dienen sollte, und daß dieser Gesichtspunkt sich klar aus allen Deklarationen ergibt. Die Aufzählung von einzelnen Beispielen dürfte sich erübrigen.

Ganz unwillkürlich taucht bei diesen Überlegungen die Frage auf, warum wir bei Locke und Montesquieu eine klare Stellungnahme zu unserem Problem nicht gefunden haben und auch nicht finden können. Bei dem ersteren lag das vor allem daran, daß er die richterliche Gewalt teilweise mit der gesetzgebenden identifizierte, bei Montes-

---

[154] Vgl. dazu Hatschek, Englisches Staatsrecht. Bd. I. »Die Verfassung«, Tübingen 1905. S. 113 ff.

[155] Hatschek, Englisches Staatsrecht. Bd. I, S. 119 ff. (unter II).

[156] Vgl. bes. Knust, Montesquieu und die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika. München u. Berlin 1922.

[157] Vgl. bes. die Verfassungen von Massachusetts Art. XXX und Art. VI der Deklaration von Maryland. Beide zeigen in der Auffassung deutlich seinen Einfluß und können m. E. ohne seine Schrift nicht gedacht werden.

quieu daran, daß er von der Lückenlosigkeit der Gesetze und der scharfen Bindung des Richters an das Gesetz ausgeht. Erst die Vereinigung dieser Lehren, deren Grundgedanken das Verbot rückwirkender Strafgesetze geradezu fordern, in Verbindung mit den in Amerika besonders gelagerten Verhältnissen, hat schließlich zu der klaren Regelung in der neuen Welt geführt. Denn in den Kolonien war einmal eine bedingungslose Einführung und Übernahme des englischen Gewohnheitsrechtes zunächst nicht möglich, weil es für die neuen Verhältnisse unbrauchbar war, zum anderen bestand ein einheimisches Recht, das hätte übernommen werden können, überhaupt nicht. Es ist deshalb verständlich, wenn unter derartigen Umständen der amerikanische Boden neuen Theorien besonders zugänglich war [158].

Nicht ohne Bedeutung für die Vermittlung der neuen Lehren ist das Wirken des Engländers Blackstone [159] gewesen, der sowohl die Schriften Montesquieus als auch diejenigen Lockes gekannt und verarbeitet hat [160] und bei dem die Synthese ihrer Lehren bereits vorhanden ist. Blackstone spricht sogar ausdrücklich an der angegebenen Stelle von dem Verbot der »ex post facto laws«. Die Entwicklung des Grundsatzes allein auf Blackstone zu stützen, wie Schottländer es tut [161], geht m. E. dagegen zu weit.

Dem römischen Recht dürfte in Amerika kein Einfluß zugekommen sein. Es sind hier vielmehr völlig neue, umfassendere Gedanken, die unabhängig zu dem Verbot rückwirkender Strafgesetze führten und die letzten Endes im 19. und 20. Jahrhundert allein die Begründung für die Beibehaltung des Grundsatzes abgaben. Es ist deshalb insoweit die Darstellung Seegers falsch, als er, nur auf dem römischen Recht aufbauend, die große geistige Umwälzung des 18. Jahrhunderts völlig außer Acht läßt.

b) In Frankreich und Deutschland.

I. In Frankreich kam man nicht selbständig zu dem Verbot rückwirkender Gesetze. Montesquieu und die, die ihm folgten, und deren Lehren am ehesten dazu geeignet gewesen wären, konnten aus den dargelegten Gründen das Verbot der Rückwirkung nicht herausarbeiten. Die amerikanischen Vorbilder haben vielmehr wie auf anderen Gebieten, so auch hier, eine nachhaltige Wirkung ge-

[158] Hennings a. a. O. S. 68 oben.
[159] Commentaries on the laws of England. Oxford 1765. Vgl. bes. I, S. 46.
[160] Hatschek, Englische Verfassungsgeschichte bis zum Regierungsantritt der Königin Viktoria. 1913. S. 376.
[161] a. a. O. S. 55 f.

habt. Mit dem Gedanken einer Erklärung (Declaration) der Menschen- und Bürgerrechte ist auch unser Problem nach Frankreich gelangt. Es kann dabei im einzelnen dahingestellt bleiben, ob die Abfassung des Verbots rückwirkender Strafgesetze bereits in den zahlreichen vor der Revolution erschienenen Flugschriften und cahiers [162] vorhanden oder auch nur angedeutet war, oder ob der äußere Anstoß zur Rezeption auch dieses Teils der amerikanischen Ideen von Lafayette ausging, der in der Nationalversammlung den Antrag stellte unter gleichzeitiger Überreichung eines entsprechenden Entwurfes, eine Erklärung der Rechte zu erlassen [163]:

> «Nul homme ne peut être soumis qu'à des lois consenties par loi ou ses représentants, antieurement promulgées et légalement appliquées.»

Hier ist also deutlich das Verbot rückwirkender Gesetze ausgesprochen. Lafayette selbst hat die amerikanischen Unabhängigkeitskriege mitgemacht, so daß auf ihn die amerikanischen Vorbilder ganz besonders eindringlich gewirkt haben [164].

Der einmal vorhandene und nicht mehr aufgegebene Gedanke fand schließlich seine endgültige Fassung in der »Déclaration des droits de l'homme et du citoyen« vom 26. August 1789, Art. 8:

> «La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulgée antieurement au délit, et légalement appliquée.»

Später wurde der Grundsatz wörtlich in die Konstitution vom 3. September 1791 aufgenommen. Besonders scharf findet er sich in der Konstitution vom 24. Juni 1793 ausgedrückt [165], wo es heißt:

---

[162] Das sind die schriftlich niedergelegten Forderungen der einzelnen Wahlkörperschaften, die den Abgeordneten der Generalstände gegeben wurden.

[163] Archives Parlamentaires de 1789 — 1860, I. Série (1789 à 1799) Tom. 8, S. 222.

[164] Zum Beweis des amerikanischen Einflusses vgl. Jellinek: Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. Berlin 1927 und Archives Parlamentaires a. a. O. S. 281.

[165] Mit welcher Schärfe das Verbot rückwirkender Gesetze verlangt wurde, zeigt eine in der Sitzung der Constituante vom 21. 11. 1790 gemachte Äußerung Mirabeaus (abgedruckt bei Träger a. a. O. S. 335): «Nulle puissance humaine ni surhumaine ne peut légitimer un effet rétroactif». Vgl. in diesem Zusammenhang auch Archiv d. Criminalrechtes. Bd. 1, 1799, S. 79 ff. (Klein: Allgem. Verordnungen, welche an der Spitze des franz. Gesetzbuches von Strafen u. Verbrechen stehen, nebst einigen Bemerkungen darüber.)

«La loi, qui punirait des délits commis avant qu'elle existât, serait une tyrannie et l'effet rétroactif donné à la loi serait un crime.»

Ebenso findet er sich in der Verfassung vom 5. Fructitor an III (22. August 1795) und ist später in den Code pénal (Art. 4) und den Code civil (Art. 2) übernommen worden.

II. Deutschland. Im Strafgesetzbuch Josephs II. von 1787, dem »Allgemeinen Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung« selbst, findet sich der Grundsatz nicht. Dagegen bestimmt das Publikationspatent,

»daß die Bestimmungen des neuen Criminalgesetzbuches bei jedem Verbrecher, der bei dem Criminalgericht erst nach dem Überkommen dieses Gesetzes eingebracht worden, zu Anwendung kommen, Verbrecher aber, die zur Zeit des überkommenen Gesetzes bereits in Verhaft gewesen, nach dem alten Strafgesetz beurteilt werden sollen.«

Bezeichnend ist, daß die Frage der rückwirkenden Kraft noch nicht im Gesetz selbst ihre Regelung findet, sondern im Publikationspatent angeschnitten wird. Man hält also die Frage noch nicht für so entscheidend, daß sie an den Beginn des eigentlichen Gesetzes gestellt zu werden braucht. Die Aufnahme dieser Bestimmung im Einführungsgesetz kann also nicht den neuen Gedanken ihre Entstehung verdanken und kann erst recht nicht auf die amerikanischen Vorbilder zurückgeführt werden. Vielmehr dürfte sie nur deshalb aufgenommen worden sein, weil sie dem bisherigen Standpunkt von Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis [166] entsprach. Jedenfalls kennt weder das Gesetz ein wirkliches Verbot der Rückwirkung, noch kann das Publikationspatent in diesem Sinne verstanden werden. Das Fehlen einer entsprechenden Regelung, wie in Amerika und Frankreich, liegt vor allem daran, daß Österreich und Preußen unter dem unmittelbaren Einfluß Montesquieus und seines Schülers Beccaria [167] standen, die beide das Verbot rückwirkender Gesetze nicht kennen, obwohl es dem Geist ihrer Lehren entsprechen würde.

Das Allgemeine Landrecht Preußens von 1794 enthält unseren Grundsatz im Gesetz selbst. In § 14 der Einleitung heißt es, daß

»neue Gesetze auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden können«.

---

[166] Vgl. Abschnitt II der Arbeit.

[167] Trattato dei delitti e delle pene, erstmals erschienen 1764 (die mir vorliegende Ausgabe Milano 1801), neuere deutsche Ausg. z. B. von Esselborn, Leipzig 1905.

Desgl. bestimmt das Publikationspatent vom 5. Febr. 1794,

> »daß bei allen nach der Publikation und selbst noch vor dem 1. Junius 1794, als dem Zeitpunkte der anfangenden Gesetzeskraft, zur richterlichen Entscheidung gelangenden Fällen, die in dem neuen Landrechte verordneten Strafen, insofern dieselben gelinder sind, als diejenigen, welche nach bisherigen Gesetzen auf die vorliegenden Verbrechen stattgefunden hätten, angewendet werden sollen«.

Die Rückwirkung der milderen Strafvorschriften ordnet § 18 der Einleitung noch eingehender an:

> »Die Milderung der in einer älteren Verordnung festgesetzten Strafe kommt auch demjenigen Übertreter zu statten, an welchem diese Strafe zur Zeit der Publikation des neuen Gesetzes noch nicht vollzogen war.« [168].

Auch in Deutschland dürfte trotzdem dem Einfluß Montesquieus die Entstehung des gesetzlichen Verbotes rückwirkender Gesetze zuzuschreiben sein, wenn vielleicht auch nicht mehr sein Name allein genannt werden darf. Denn seine Lehre, wie überhaupt die neuen Ideen, waren bereits zu sehr bekannt und Allgemeingut geworden. So heißt es z. B. schon in dem »Entwurf zu einem Gesetzbuch in peinlichen und Strafsachen«, Rostock und Leipzig 1782 [169] § 3, daß neue Gesetze

> »nie vorgehende Verbrechen und nicht einmal auf diejenigen, die zur Zeit der Bekanntmachung noch nicht in Untersuchung gezogen, wenigstens noch nicht entschieden waren, einige Beziehung haben, sondern in solchen Fällen lediglich nach den vorhergehenden Gesetzen geurteilt werden soll. — War daher die in dem neuen Gesetz verbotene Handlung kein eigentliches Verbrechen, so mag auch derjenige, der vor dem bekannt gewordenen Gesetz dieselbe unternommen hatte, nur sodann nach richterlichem Ermessen bestraft werden, wenn er damals schon von dem im Werk gewesenen Gesetz Wissenschaft gehabt, und aus bloßem Mutwillen die nachher für ein Verbrechen erklärte Handlung verübt haben sollte.«

Ganz ähnlich äußert sich der gleiche Schriftsteller im § 5 seiner Grundsätze des deutschen Peinlichen Rechtes [170]. Im Gegensatz zu

---

[168] Schon der 1784 publizierte »Entwurf eines Allgemeinen Gesetzbuches« enthielt im § 19 eine Bestimmung, nach der jedes neue Gesetz nur auf Handlungen und Fälle gelten soll, die sich nach seiner Publikation ereignen. (Vgl. dazu A. D. Weber: Über die Rückanwendung positiver Gesetze. Hannover 1811. S. 19.)

[169] Zitiert nach Bekker a. a. O. S. 208.

[170] 5. Aufl. Rostock u. Leipzig 1794. S. 4/5. § 5.

den ersten Auflagen dieses Werkes, findet sich in der 5. auch ein Vermerk über die sog. milderen Gesetze,

> »die auch der Vergangenheit Vorteile zu bringen pflegen, wann gleich ein Verbrechen zwar schon der Untersuchung unterworfen gewesen, inzwischen die Strafe derselben noch nicht erkannt sein sollte« [171].

Ganz besonders groß dürfte in Preußen der Einfluß Kleins gewesen sein, den von Liszt [172] als den Strafgesetzgeber Preußens bezeichnet und über den er sich äußert: »Was lobend und tadelnd über den strafrechtlichen Abschnitt des Allgemeinen Landrechts gesagt werden kann, ist auf seine Rechnung zu setzen«. Gerade Klein war aber ganz von den Gedanken Montesquieus und Beccarias beherrscht [173].

Kleins »Grundsätze des peinlichen Rechts«, die in 1. Auflage 1795 erschienen sind, enthalten im 4. Abschnitt (»Von der Anwendung der Kriminalgesetze überhaupt«) [174] ausdrücklich das Verbot rückwirkender Gesetze. Wenn er im § 51, Satz 2 zur Begründung ausführt: »Soweit sie (die Gesetze) aber die Rechte der vom Richter zu beurtheilenden Personen betreffen, muß auch darauf Rücksicht genommen werden, inwiefern diese durch das Gesetz verpflichtet sind oder verpflichtet werden können«, so trifft er damit genau den Freiheitsbegriff Montesquieus, nach dem, wie oben dargelegt, niemand zu einer Handlung gezwungen werden kann, die das Gesetz nicht vorschreibt [175]. Vielleicht sind ihm sogar die französischen Vorbilder bekannt gewesen, denn die Forderungen der französischen Revolution haben sich ja außerordentlich schnell über den europäischen

---

[171] a. a. O. S. 4, Anm. y. Vgl. ferner Steltzer, Lehrbuch, Halle 1793, §§ 18 u. 31, auf den auch Quistorp verweist.

[172] Aufsätze II. (Rektoratsrede 1894.) S. 144 oben.

[173] Vgl. v. Liszt, Aufsätze a. a. O. S. 144.

[174] Vgl. besonders die §§ 51 ff., aber auch die §§ 13—15 a. a. O., die deutlich naturrechtliche Einflüsse erkennen lassen.

[175] Vgl. dazu auch Jul. v. Soden, Geist der peinlichen Gesetzgebung Deutschlands. 2. Aufl. Ffm. 1792, aus dessen Darlegungen ebenfalls die Forderung nach dem Verbot rückwirkender Gesetze entnommen werden kann. Vergl. ebenso Gmelin, Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen. Tübingen 1785, der allerdings ausdrücklich das Problem noch nicht erwähnt. Die allgemeine Auffassungswandlung spiegelt sich ferner deutlich wieder bei v. Globig und Huster, Abhandlung v. d. Criminal-Gesetzgebung. Zürich 1783 und Vier Zugaben hierzu. Altenberg 1785, und bei Stübel, System d. allg. peinl. Rechts. Leipzig 1795.

Kontinent und ganz besonders in Deutschland verbreitet. Inwieweit auch die amerikanischen Verfassungsbestimmungen bekannt waren und ob sie etwa unmittelbar von Einfluß gewesen sind, habe ich nicht feststellen können. —

Zusammenfassend kann also gesagt werden, daß die Forderung nach dem Verbot rückwirkender Strafgesetze als Dogma, als Rechtsgrundsatz, auch in Deutschland insbesondere auf Montesquieu und die Vertreter seiner Lehren zurückzuführen ist. Erst der Gedanke, daß Recht nur vorstellbar sei in der Form des Gesetzes, zusammen mit der Idee der Freiheitsrechte, konnte das Verbot der Rückwirkung zu einem der bedeutendsten Rechtsgrundsätze erheben. Wenn es vordem ebenfalls nur wenige oder gar keine rückwirkenden Gesetze gab, so lag das vor allem an der Autorität und dem Ansehen des römischen Rechts, das sich in der const. 7 de leg. grundsätzlich gegen diese ausgesprochen hatte. Versuche einer Begründung dieser unbewußt zur Regel gewordenen Praxis mußten deshalb scheitern, weil hierfür die weltanschauliche Grundlage fehlte. Wenn die einschlägigen Stellen des römischen Rechts auch jetzt noch herangezogen werden, so geschieht das nur deshalb, weil sich hier ebenfalls das Ergebnis der Lehre des betreffenden Schriftstellers findet und weil das römische Recht nach wie vor in hohem Ansehen stand. —

Im folgenden sei die mit der staatsrechtlichen Entwicklungslinie eng verknüpfte und ohne sie nicht denkbare strafrechtliche Wurzel unseres Grundsatzes dargestellt. Auch für diese bildet letzten Endes wiederum das Naturrecht Grundlage und Ausgangspunkt.

C. Die strafrechtliche Wurzel des Verbotes rückwirkender Strafgesetze.

1. Die Entstehung relativer Strafrechtstheorien als Anlaß.

Während die bisher dargelegte staatsrechtliche Entwicklungslinie die Frage berührte, was Recht und was Unrecht ist, werden wir im vorliegenden Abschnitt hauptsächlich die Frage nach dem Rechtsgrund und Zweck der Strafe zu beantworten haben. Denn von der Antwort auf diese Frage hängt wiederum weitgehend die Stellungnahme zu unserem Problem ab.

Bekanntlich unterscheidet man absolute und relative Strafrechtstheorien [176]. Daneben gibt es noch sog. Vereinigungstheorien [177], die aber hier nicht weiter interessieren. Die absoluten Theorien erblicken den Rechtsgrund der Strafe in der geschehenen Übeltat und ihren Zweck in der gerechten Vergeltung, also in der Schaffung eines Ausgleichs für die Übeltat. Die relativen Theorien halten die Strafe nicht schon durch ihre Beziehung auf das vergangene Verbrechen und durch die mit ihr geübte Vergeltung für gerechtfertigt, sondern sehen sie nur insofern als gerechtfertigt an als sie auch Mittel zur Erreichung eines außerhalb der gerechten Vergeltung liegenden Zwecks ist, z. B. die Allgemeinheit oder den Einzelnen abschreckt oder bessert.

Der Vergeltungsgedanke beherrschte allgemein das ältere Recht, bis die Naturrechtslehre und später die Aufklärung auch auf diesem Gebiet den Anlaß zu einer Abkehr von dem im gemeinen Strafrecht entarteten Vergeltungsgedanken gaben [178]. Wie der Staat selbst nur als Nützlichkeitseinrichtung betrachtet wurde, die den Zweck hatte, das Individuum in seiner Freiheit zu schützen, so wird auch die Strafe ausschließlich auf die Gesichtspunkte der Notwendigkeit und Nützlichkeit gegründet. Den größten Einfluß erlangte dabei der Gedanke einer Abschreckung der Allgemeinheit durch die Strafe, wobei man den Schutz der Gesellschaft — und damit des Individuums — durch Verbrechensverhütung im Auge hatte.

Den Vergeltungsgedanken hatte zuvor noch einmal Kant [179] besonders in den Vordergrund gestellt. Mit ihm hat zugleich der bis in die Gegenwart dauernde Streit der Strafrechtstheorien begonnen. Unter den relativen Theorien war zweifellos Feuerbachs sog. »Theorie des psychologischen Zwangs« die einflußreichste. Wie für die

[176] Die Unterscheidung wird zurückgeführt auf Zachariä, Archiv d. Criminalrechtes. Bd. 3,4 (1801), S. 26, 40. (v. Hippel, Deutsches Strafrecht I. Berlin 1925. S. 457.)

[177] Vergl. insbes. die erste Grundlegende von Berner, Lehrbuch, 15. Aufl. Lpz. 1888, § 7 — 9, und Merkel, Lehrbuch d. Dt. Strafrechts, Stuttgart 1889, S. 171 ff.

[178] Zur Geschichte der Strafrechtstheorien vergl. bes. v. Hippel, Dt. Strafrecht. I, S. 460 ff.; über die auf Feuerbach einwirkenden Einflüsse vgl. Hennings a. a. O. S. 98 ff.

[179] Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Königsberg 1797. § 49, S. 199, meint z. B., wenn das eine Insel bewohnende Volk beschließt auseinander zu gehen und sich in alle Welt zu zerstreuen, so müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind.

Entstehung der Parömie »nulla poena sine lege«, so wurde sie auch für die Entwicklung des Verbotes rückwirkender Strafgesetze bedeutsam. Denn es ist klar, daß eine Strafrechtstheorie, die den Gedanken der Generalprävention in den Vordergrund stellt, — wenn sie folgerichtig bleiben will — niemals rückwirkende Gesetze zulassen kann. Feuerbachs Theorie sei daher als Beispiel den folgenden Untersuchungen zu Grunde gelegt.

2. Die relative Strafrechtstheorie und Rückwirkung, dargelegt nach der Theorie Feuerbachs.

Nach der Feuerbachschen Theorie [180] soll das von der Bestrafung zu erwartende Übel größer sein, als die Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antrieb zur Tat entspringt. Der Täter soll sich dieses größere Übel vorstellen und dadurch psychisch zur Unterlassung der Tat gezwungen werden, wobei der Zwang nicht durch die Strafe selbst, sondern lediglich durch ihre gesetzliche Androhung ausgeübt wird. Das Recht zu dieser Androhung hat der Staat deshalb, »weil durch sie niemandes Freiheit beschränkt wird und jeder die bedrohte rechtswidrige Handlung von selbst unterlassen muß« [181]. »Der Rechtsgrund der Androhung der Strafe ist das Zusammenbestehen derselben mit der rechtlichen Freiheit der Bedrohten, so wie die Notwendigkeit, die Rechte aller zu sichern, der Grund ist, welcher die Verbindlichkeit des Staats zu Strafdrohungen begründet. Der Rechtsgrund der Zufügung ist die vorgegangene Drohung des Gesetzes.« [182]. Die gesetzliche Androhung allein genügt aber noch nicht, um die Zufügung der Strafe zu rechtfertigen; hinzukommen muß vielmehr die Einwilligung des Verbrechers. »Das Recht, die angedrohte Strafe zuzufügen, beruht nicht auf der wirklichen Einwilligung, sondern auf der rechtlichen Notwendigkeit von Seiten des Verbrechers, sich der Strafe zu unterwerfen« [183]. Wenn auch damit zugegeben wird, daß praktisch schon die Androhung als Rechtsgrund genügen muß [184], so würde doch die völlige Ausschaltung des Einwilligungsgedankens Feuerbach nicht gerecht werden. Denn dieser Einwilligungsgedanke ist, wie Bin-

[180] Vgl. v. Hippel, Dt. Strafrecht I, S. 293. Bln. 1925.

[181] Feuerbach, Über die Strafe als Sicherungsmittel, Chemnitz 1800. S. 95. Die Strafvollstreckung erfolgt nur, um den Ernst der Drohung zu bekräftigen.

[182] Feuerbach, Lehrbuch. § 17.

[183] Feuerbach, Sicherungsmittel, S. 100.

[184] Hennings a. a. O. S. 97.

ding [185] mit Recht ausführt, »der einzige Weg, ein Recht des Täters auf keine andere als die angedrohte Strafe zu deducieren«.

Es dürfte ohne weiteres klar sein, daß nach einer derartigen Theorie rückwirkende Strafgesetze ausgeschlossen sein müssen.

Feuerbach selbst nimmt allerdings ausdrücklich zu unserer Frage nicht Stellung [186]. Vielleicht hat er seine Meinung hierüber mit den obigen Ausführungen als genügend gekennzeichnet angesehen und deshalb eine ausdrückliche Erwähnung für nicht notwendig erachtet. Denn es kann ein rückwirkendes Strafgesetz bei dem Täter überhaupt nicht die abschreckende Wirkung haben, die Feuerbach vom Gesetz verlangt, weil »alle Strafbarkeit bedingt ist durch eine Gesetzwidrigkeit des Willens als Ursache des Verbrechens, so wird dieselbe nothwendig ausgeschlossen durch das Dasein eines Zustandes der Person, in welchem für sie die Möglichkeit aufgehoben war, entweder überhaupt nach Willkür zu handeln oder ihre Willkür den Strafgesetzen gemäß zu bestimmen . . . . « [187]. Dem Täter kann demnach die Handlung überhaupt nicht zugerechnet werden. Da ferner die Strafe ohne Androhung rechtswidrig ist, diese aber den Rechtsgrund der Strafe darstellt, kann auch schon deshalb ein rückwirkendes Gesetz von Feuerbach nicht zugelassen werden.

Gewisse Grundgedanken sind allen Strafrechtstheorien und erst recht allen relativen Theorien gemeinsam. Es gibt ebenso viele subjektive Strafrechtstheorien wie Schriftsteller, die zu diesen gewiß nicht unwichtigen Fragen Stellung genommen haben. »Seit Kant und Feuerbach ist bei uns wertvollste Arbeit bester Kräfte zum erheblichen Teil daran verschwendet worden, jeweils einen einzelnen, der Natur des betreffenden Verfassers sympathischen Strafzweck auf Kosten anderer und im Gegensatz zu diesen als den allein richtigen oder mindestens durchaus beherrschenden zu vertreten. Es ist dasselbe Bild wie so vielfach in der Philosophie: ein einziger, in seinen Grenzen vielleicht höchst richtiger und fruchtbarer Gedanke wird mit dem Anspruch vertreten, alles allein damit erklären und begreifen zu können.« [188]. Auf die Darstellung weiterer relativer Strafrechtstheorien glaube ich daher verzichten zu können, weil durch

[185] Binding, Handbuch, S. 21, Anm. 14.

[186] Erst der spätere Bearbeiter seines Lehrbuches (— Mittermaier —) fügt eine die Rückwirkung betreffende Anmerkung ein. (Vgl. Lehrbuch, 14. Aufl. S. 141.) Vgl. aber die Ausführungen zu Beginn des V. Abschnitts der Arbeit.

[187] Feuerbach, Lehrbuch § 88 (14. Aufl. S. 161).

[188] v. Hippel, Dt. Strafrecht I, S. 459.

die Wiedergabe der Theorie Feuerbachs die hier interessierenden Fragen zur Genüge zu Tage getreten sind.

D. Die Rückwirkung des milderen Gesetzes.

Einer Erörterung dieser Frage bedarf es in diesem Zusammenhang nicht. Eine Weltanschauung, die die Freiheit des Einzelnen proklamiert, wird niemals einen Übeltäter nach dem früheren strengeren Gesetze bestrafen, das im Zeitpunkt der Aburteilung nicht mehr für notwendig erachtet wird. Denn damit würde gerade in die geschützten Freiheitsrechte des Einzelnen in unzulässiger Weise eingegriffen.

IV. Abschnitt: Das Verbot rückwirkender Strafgesetze bis zur nationalsozialistischen Revolution.

A. Ausnahmslose Verwirklichung der Forderungen des 18. Jahrhunderts durch den Gesetzgeber.

Sowohl in den Strafgesetzbüchern der deutschen Gliedstaaten des 19. Jahrhunderts, wie auch in denen des Auslandes findet sich unser Grundsatz verwirklicht. Dabei wird allerdings teilweise die grundsätzliche Anwendung des alten Strafgesetzes mit Ausnahme des neuen milderen und teilweise umgekehrt die Anwendung des neuen Gesetzes angeordnet, jedoch mit Ausnahme des dem Täter günstigeren älteren Rechtes. Praktisch bedeutet das, wie bereits in der Einleitung hervorgehoben wurde, keinen Unterschied.

Welche der drei Wurzeln, denen das Verbot rückwirkender Strafgesetze seine Entstehung verdankt, bei den einzelnen Kodifikationen den größten Einfluß ausgeübt hat, läßt sich nicht immer feststellen; wahrscheinlich haben alle Wurzeln zusammengewirkt. Mit Sicherheit läßt sich lediglich eine Entscheidung für das bayrische allgemeine Strafgesetzbuch treffen, dessen Entwurf von Feuerbach selbst stammt[189]: Im Artikel 1 heißt es:

[189] Der von Kleinschrod angefertigte Entwurf eines peinl. Gesetzbuches für die damals noch kurfürstlichen Bayrischen Staaten lehnte übrigens ebenfalls rückwirkende Gesetze ab, während umgekehrt aber mildere Bestimmungen des neuen Gesetzes auch auf vorher begangene Taten angewandt werden sollten. Vgl. dazu Bayl, Beyträge z. Criminalrecht. Th. 1. Bambg. u. Würzb. 1813, S. 190 — 200.

»Wer eine unerlaubte Handlung oder Unterlassung verschuldet, für welche ein Gesetz ein gewisses Übel gedrohet hat, ist diesem gesetzlichen Übel als seiner Strafe unterworfen.«

Noch deutlicher spricht das Verbot der Rückwirkung das Publikationspatent vom 16. Mai 1813 in Art. 2 aus [190]:

»Verbrechen oder Vergehen, welche nach dem vorbestimmten Zeitpunkte (1. Okt. 1813) in Untersuchung oder zur Entscheidung kommen, wenn gleich vor dem Eintritte begangen, sollen nach gegenwärtigem Gesetzbuche beurteilt werden, ausgenommen wenn sie von den zur Zeit ihrer Begehung gültigen Gesetzen mit einer bestimmten Strafe bedroht waren, welche gelinder ist, als diejenige, die das gegenwärtige Gesetzbuch verordnet. Auch die Bestimmungen dieses Gesetzbuches in Ansehung der Verjährung kommen auf früher begangene Verbrechen oder Vergehen zur Anwendung, sofern nicht hinsichtlich derselben bereits nach dem älteren Gesetze die Verjährung vollendet ist.«

Diese Stelle beweist zugleich, daß Feuerbach trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Äußerung in seinem Lehrbuch und seinen sonstigen Schriften, sehr gut unser Problem gekannt hat. Hier im Verkündungspatent ist übrigens auch eine der vielen mit der Rückwirkung zusammenhängenden Einzelfragen — die bekanntlich nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind - erstmals angeschnitten worden: die Frage der Anwendung der Verjährungsvorschriften.

Das bayrische StGB. galt in seiner Zeit als eine bedeutende Kodifikation, die in anderen Staaten häufig Nachahmung fand. Es ist deshalb durchaus möglich, daß auf diese Weise unser Grundsatz unmittelbar den Gesetzgebern der anderen deutschen Länder bekannt wurde. Zum anderen dürfte Feuerbachs Lehrbuch nicht wenig zur Verbreitung des Satzes nulla poena sine lege und damit auch der Frage der Rückwirkung beigetragen haben. Sein Lehrbuch war

[190] Vgl. auch Art. 2 des Promulgationspatentes, abgedr. bei Gönner und Schmidtlein, Jahrbücher I, S. 15, sowie das dort S. 19 ff. ebenfalls abgedr. Rescript v. 26. Okt. 1813, wo es heißt: »Hätte nach den vormals gültigen Gesetzen eine gelindere Strafgattung als das neue Strafgesetzbuch verordnet, statt gefunden, so soll, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob jene älteren Gesetze die Strafe selbst genau bestimmt, oder dem richterlichen Ermessen überlassen haben, auf die gelindere Strafgattung erkannt, die Dauer solcher in jenen Gesetzen nicht genau bestimmten Strafen aber mit Rücksicht auf das neue Gesetzbuch abgemessen, dabei jedoch die nach den älteren Gesetzen eintretende Strafgattung niemals überschritten werden«. Vgl. ferner das Rescr. vom 12. Febr. 1814, Gönner u. Schmidtlein a. a. O. S. 28 f.

während eines halben Jahrhunderts führend in Deutschland und ist soweit es den Satz nulla poena sine lege betrifft, bis ins 20. Jahrhundert von Bedeutung geblieben. Wenn Hennings [191] feststellt, daß neben Feuerbach im 19. Jahrhundert insbesondere Benthams [192] Lehre an der rechtlichen Sanktionierung der Parömie nulla poena sine lege — und damit nach seiner Ansicht wohl auch der Frage der Rückwirkung — Anteil gehabt habe, so kann ihm insoweit nicht zugestimmt werden. Denn unser Problem war in Deutschland, ja überhaupt auf dem europäischen Festland, bereits gelöst, und die Lösung derartig gefestigt, daß sie einer Stütze aus England nicht mehr bedurfte. —

Es sollen in diesem Zusammenhang nicht nochmals alle einschlägigen Bestimmungen der deutschen Partikularstrafgesetzbücher bis zum Reichsstrafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 im Wortlaut zusammengestellt werden. Es genügt insoweit der Hinweis auf die verdienstvolle Arbeit von Träger in der Vergleichenden Darstellung des deutschen und des ausländischen Strafrechts [193]. —

Für Preußen ist bemerkenswert, daß bereits der sog. »Revidierte Entwurf des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten« von 1836 in den §§ 6 und 8 unseren Grundsatz verwirklicht hatte. Auch die späteren Entwürfe wichen hiervon nicht ab. Im Gegenteil. Man war äußerst bedacht, das Verbot rückwirkender Strafgesetze so bestimmt wie nur möglich niederzulegen [194]. Bezeichnend ist der »Bericht der Kommission für Prüfung des Entwurfes des Strafgesetzbuches für die Preuß. Staaten« [195], wo es lediglich heißt: »Zu § 2« — der unser Problem regelt — »hat die Kommission keine Bemerkungen zu machen«. Aus dem preußischen Strafgesetzbuch ist schließlich das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes hervorgegangen, dessen § 2 später unverändert in das Reichsstrafgesetzbuch über-

[191] a. a. O. S. 114 unten.

[192] Bentham, Grundsätze der Zivil- u. Criminalgesetzgebung. Berlin 1830.

[193] Allg. Teil, Bd. 6. S. 323 — 332. Den genauen Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen in Stengleins Sammlung d. dt. Strafgesetzbücher. München 1858.

[194] Vgl. Goltdammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuche f. d. Preuß. Staaten, aus den amtl. Quellen nach d. Paragraphen d. Gesetzbuches zusgest. und in einem Kommentar erl., T. 1, Bln. 1851, zu Art. IV d. Einf.-Ges. u. § 2 d. StGB.

[195] Abgedruckt in: Verhandlungen d. ersten u. zweiten Kammer über die Entwürfe des StGB. f. Pr. St. und des Gesetzes über die Einf. desselben v. 10. 12. 1850. Berlin 1851. S. 45 ff. (S. 61.) — Wichtig ferner Art. IV bis VII Einf.-Ges. v. 14. 4. 51. —

nommen wurde [196] und der in unveränderter Fassung bis zur großen Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935 gegolten hat.

B. Fast ausnahmslose Anerkennung in der Wissenschaft.

a) Allgemeine Bemerkungen.

Nach den bisherigen Darlegungen erscheint es nahezu selbstverständlich, daß nunmehr auch die moderne Wissenschaft sich eingehend mit unserer Frage beschäftigt.

Dazu kommt aber ein weiterer Anlaß, der ebenfalls in nicht unerheblichem Maße die Erörterungen gefördert hat: Die Einführung des französischen Rechtes in Deutschland. Hierdurch waren Wissenschaft und Praxis auf einmal vor die Frage gestellt, was aus den Rechtsverhältnissen werden sollte, die unter der Herrschaft des früheren Rechtes begründet worden waren [197]. Die gleiche Frage tauchte später nach Beendigung der napoleonischen Herrschaft erneut auf. Während hierdurch in erster Linie zwar zivilrechtliche Erörterungen veranlaßt wurden, so wurde damit doch zugleich der Blick auf das Strafrecht gelenkt. So kam es schließlich dahin — begünstigt durch die ständig zunehmende Zahl der Kodifikationen des Strafrechts —, daß eigentlich kein Schriftsteller mehr an unserer Frage vorübergeht und einzelne sogar auf ältere zurückgreifen, die an sich aus anderen Gründen zu einer Verneinung der Rückwirkung gekommen waren. Zusammenfassend kann festgestellt werden, — das sei vorausgeschickt — daß, zunächst wenigstens, einhellig rückwirkende Gesetze verworfen wurden, soweit sie neues strengeres Recht einführen, dagegen solche für zulässig gehalten wurden, die bisherige härtere Strafen mildern.

Die Begründung geschah jedoch naturgemäß nicht einheitlich. Hierbei zeigen sich die drei Wurzeln, die zur Entstehung des Verbotes rückwirkender Gesetze geführt haben, mit mehr oder weniger

---

[196] § 2: I. Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde. II. Bei Verschiedenheit der Ges. von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung ist das mildere Gesetz anzuwenden.

[197] Vgl. z. B. Bauer, Über die Gränzen d. Anwendbark. d. Code Napoleon auf die während seiner Gültigkeit in deutschen Ländern entstandenen Rechtsverhältnisse. Göttingen 1814.

großer Deutlichkeit. Allgemein kann man wohl sagen, daß staats- und strafrechtliche Gesichtspunkte überwogen. Erst in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts fanden sich auch Anhänger des gegenteiligen Standpunktes (— bes. Binding —), die, wiederum mit Abweichungen in der Begründung, die Rückwirkung der Strafgesetze für zulässig hielten und schärfstens forderten. —

Es kann nicht die Aufgabe einer rein historischen Darstellung sein, alle Meinungen eingehend zu erörtern und sich mit ihnen auseinander zu setzen. Zur Vervollständigung und als Abschluß der dargestellten Entwicklungslinie ist jedoch auch ihre Darlegung in einigen Zügen erforderlich.

Als Ergebnis der Entwicklung des 19. Jahrhunderts kann dabei vorweg festgestellt werden, daß das Verbot rückwirkender Gesetze noch mehr als bisher zu einer politischen Forderung wird.

b) Die Begründungen des Verbotes rückwirkender Strafgesetze.

Besprochen werden sollen in erster Linie die Bearbeiter, die sich mit dem Problem der Rückwirkung am eingehendsten beschäftigt haben und die am tiefsten in die Materie eingedrungen sind, da eine Einteilung nach den gleichen Grundsätzen, die zur Entstehung des Verbotes rückwirkender Gesetze geführt haben, nicht durchführbar ist. Zwar bevorzugt der eine Schriftsteller mehr staatsrechtliche, der andere mehr strafrechtliche Gesichtspunkte, während der Dritte seine Begründung mehr auf Quellen des römischen Rechtes stützt, womit zugleich die Richtigkeit der bisher aufgezeigten Entwicklungsgeschichte dargetan wird: Eine reinliche Scheidung ist aber nicht möglich, weil man sich einer derartigen Dreiteilung nicht vollbewußt geworden ist, obwohl man sie deutlich immer wieder feststellen kann. —

Die ersten Spezialschriften zeigen, daß als äußerer Anlaß zu einer eingehenden Beschäftigung mit dem Problem der zeitlichen Geltung der Gesetze schlechthin, die Einführung des französischen Rechtes in einem beträchtlichen Teile Deutschlands unter der Herrschaft Napoleons gewesen ist. In diesem Zusammenhang sind vor allem neben dem bereits genannten Wiesen [198],

[198] Wiesen, Versuch einer Theorie über die rückwirkende Kraft der Gesetze nach den Grundsätzen des röm. Rechts. Wetzlar 1814.

Weber [199], Borst [200], Bergmann [201], der allerdings nur das Privatrecht behandelt, der Franzose Blondeau [202], dessen Schrift auch in deutscher Übersetzung erschienen ist, sowie eine bei Abegg [203] zitierte Dissertation von L. Fredericq [204], die das Strafrecht allerdings nur unbedeutend behandeln soll, zu erwähnen. Sämtliche Schriftsteller widmen den größten Teil ihres Werkes dem Zivilrecht, während das Strafrecht — wenn es überhaupt Erwähnung findet — nur kurz gestreift wurde. Man hielt anscheinend die Nichtrückwirkung strafrechtlicher Gesetze für selbstverständlich. So führt z. B. Weber, S. 125/126 aus:

> »Wenn ein neues Gesetz entweder Handlungen, die vorher gar nicht in der Zahl der Verbrechen waren, mit Strafen bedrohet, oder wenn es diese erhöhet, so versteht es sich von selbst, daß die schon vor der Publikation sich ereignenden Fälle hiernach nicht behandelt werden können, weil es offenbar ungerecht seyn würde, Jemanden mit Strafen belegen zu wollen, die vor der Handlung gar nicht, oder wenigstens in dem Grade nicht angedrohet waren.«

Wenn aber zur Zeit der Entscheidung ein milderes Gesetz gilt,

> »so kann der Angeschuldigte nicht füglich nach der härteren Vorschrift des älteren jetzt aufgehobenen Gesetzes behandelt werden«.

Nur bezüglich des neuen milderen Gesetzes hielt Weber eine weitere Begründung für notwendig, die schließlich zu dem Ergebnis kommt, daß bei Milderung eines Gesetzes der Staat zu der Einsicht gekommen sei, daß es der bisherigen strengen Gesetze nicht mehr bedürfe, folglich auch der Richter das alte Gesetz nicht mehr anwenden könne. Mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit hielt Weber jedoch auch insoweit eine ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes für erforderlich [205].

---

[199] Weber, A. D.: Über die Rückanwendung positiver Gesetze, mit bes. Hinsicht auf neuere Gesetzesveränderungen deutscher Staaten, Hannover 1811.

[200] Borst, J. N.: Über die Anwendung neuer Gesetze auf früher entstand. Rechtsverhältnisse. Bamb. 1814.

[201] Bergmann, Fr.: Das Verbot d. rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrechte. Hannover 1818.

[202] Blondeau: Über die zurückwirkende Kraft d. Gesetzes. Düsseldorf 1810.

[203] Abegg: Vgl. Anm. [213] (S. 477 unten).

[204] L. Fredericq: Specimen Jurid. de effectu legum ad praeteritum non revocandi. Gandavi 1817.

[205] a. a. O. S. 183.

Borst [206] sah den Grund für die Nichtrückwirkung von Strafgesetzen darin, daß der Staat »in dem alten Gesetze auch zugleich das Versprechen gegeben hat, daß er nur die darin bestimmte Strafe anwenden will«, daß er folglich einen Teil der an sich nach der neuen besseren Einsicht des Gesetzgebers verwirkten strengeren Strafe schon im voraus erlassen habe. Deshalb sei es nicht möglich, neue strengere Strafgesetze auf frühere Straffälle anzuwenden. Es ist selbstverständlich, daß eine derartig unhaltbare Begründung bekämpft und abgelehnt wurde, wenn auch die Lehre von dem Recht des Verbrechers auf die angedrohte Strafe im ganzen 19. Jahrhundert nicht verstummt ist und letzten Endes in der Theorie vom »wohlerworbenen Recht« des Täters auf die angedrohte Strafe ihre endgültige Form und Vollendung gefunden hat. Die Anwendung des neuen milderen Gesetzes ließ auch Borst zu, weil das »neue billiger und gerechter sey«.

Schmidtlein und Gönner [207] führten im Anschluß an die S. 63 dieser Arbeit angeführten Bayr. Patente und Rescripte aus, »die Rechtsregel, ein neues Gesetz kann auf vergangene Fälle nicht zurückwirken, findet bei Strafgesetzen um da mehr Anwendung, als die Gerechtigkeit nicht erlauben kann, Handlungen, welche zur Zeit ihrer Begehung mit keiner oder doch mit einer gelinderen Strafe belegt waren, nach einem neueren Gesetze härter zu bestrafen«. Sei aber das neue Gesetz milder, so verlange gerade umgekehrt die Gerechtigkeit die Anwendung des neuen milderen Gesetzes. Auffallend bei Schmidtlein und Gönner ist insbesondere die Schärfe, mit der die richterliche von der gesetzgebenden Gewalt unterschieden wird. Sowohl Weber wie auch Borst und Schmidtlein u. Gönner stützen also ihre Lehre auf staatsrechtliche Gesichtspunkte. Die strafrechtliche Wurzel tritt in den Hintergrund, wenn auch die starke Hervorkehrung der Gerechtigkeit als Maß allen Strafrechts stark an Abegg und seine Gerechtigkeitstheorie erinnert, über den unten Näheres auszuführen sein wird.

In den Jahren nach 1820 sind eine ganze Reihe strafrechtlicher Lehrbücher entstanden, die — nachdem unser Problem einmal erkannt war — naturgemäß an ihm auch nicht vorübergehen. Größtenteils kann aber im Rahmen der vorliegenden Arbeit auf sie verzichtet werden, da sie entweder von einer Begründung völlig absehen oder grundlegend Neues nicht bringen. Hierher gehören u. a. Ross-

[206] a. a. O. S. 80 (§ 42).
[207] a. a. O. S. 22 ff.

hirt [208], Tittmann [209], v. Wächter [210], Hudtwalcker und Trummer [211] und Jarcke [212].

1833/34 folgten erstmals besondere Abhandlungen, die sich nur mit dem Problem der Rückwirkung im Strafrecht befaßten, aber in der Begründung teilweise an das Zivilrecht anknüpften. Zuerst ist hier die Arbeit von Abegg [213] zu nennen, der von dem Verbot rückwirkender Strafgesetze als »der bekannten Regel« spricht und damit wiederum beweist, wie einhellig rückwirkende Strafgesetze abgelehnt wurden.

Abegg führt zunächst aus, daß die Grundregel — Gesetze haben keine rückwirkende Kraft — dann volle Anwendung finden müsse, wenn eine bisher erlaubte Handlung durch ein neues Gesetz nunmehr mit Strafe bedroht werde [214]. Sie müsse aber auch ferner Anwendung finden, wenn auf eine bisher schon als strafwürdig anerkannte Handlung in einem neuen Gesetz oder einer neuen Verordnung eine schwerere Strafe als bisher festgesetzt werde. Auch insoweit herrsche im Ergebnis Übereinstimmung zwischen den Vertretern der verschiedenen Theorien, wenn auch die Begründung stark auseinander gehe. Auch hierbei zeige sich »das willkürliche und zufällige der sog. relativen Strafrechtstheorien, welche das Maß der Strafen als Entgegenwirkung aus irgendeiner äußeren Rücksicht

---

[208] Rosshirt, Lehrbuch d. Criminalrechts. Heidelbg. 1821, S. 157, der übrigens auch das römische Recht zitiert und milderen Gesetzen nur dann rückwirkende Kraft zukommen lassen will, wenn es ausdrücklich angeordnet wird.

[209] Tittmann, Handbuch d. Strafrechtswiss. u. d. Strafgesetzkunde, Bd. 1. Halle 1822. § 13.

[210] v. Wächter, Lehrbuch d. Römisch-Teutschen Strafrechts. T. 1. Stuttg. 1825. § 34, S. 58/59. Vgl. auch dessen deutsches Strafrecht, hrsg. von O. v. Wächter. Leipzig 1881, wo als Grund für die Nichtrückwirkung des strengeren Gesetzes der Schutz der Rechte des Individuums angegeben wird.

[211] Hudtwalcker und Trummer, Criminalist. Beyträge. Bd. 3. Hamburg 1827. H. 2: Zur Philosophie des Rechts und insbesondere des Strafrechts. Ein Versuch von C. Trummer.

[212] Jarcke, Handbuch des gem. deutschen Strafrechts. Bd. 1. Berlin 1827. S. 293/94.

[213] Abegg, Über das Verhältnis neuer Gesetze zu früher begangenen Handlungen, im Criminalrechte. Neues Archiv d. Criminalrechtes. Bd. 13. Halle 1833. S. 467 — 501.

[214] a. a. O. S. 470/71. Ebenso mit anderer Begründung die amtliche Strafrechtskommission.

auf einen bestimmten vorgestellten Z w e c k, den sie fälschlich zum Grunde nehmen«, entbehrten und nicht die Gerechtigkeit als Grundlage nähmen. Wenn man diese Theorien konsequent durchführe, so erhalte man ein anderes Resultat. So müsse eine bloße Abschreckungstheorie ebenso wie die psychologische Zwangstheorie in den Fällen, wo die verübte Tat die Vergeblichkeit und Unzulänglichkeit der bisherigen Strafdrohung erkennen lasse, auf die Anwendung des zur Zeit der Aburteilung bestehenden strengeren Gesetzes führen [215]. Das gleiche gelte für die anderen relativen Theorien. Ebenso wie man sich diesen Folgen widersetzen müsse, ebenso müsse man auch den Gründen widersprechen, die von den verschiedenen relativen Theorien zur Begründung der Rechtsregel angeführt würden, da diese entweder die Rechtmäßigkeit der Theorie selbst voraussetzten, oder aber auch zu anderen Ergebnissen führen könnten, wie das angeführte Beispiel (s. oben) gezeigt habe. Es müsse daher ein bestimmtes und durchgreifendes Prinzip gefunden werden und dieses ist das von Abegg sog. Prinzip der Gerechtigkeit. Das Verbrechen sei ein Bruch des Rechtes. Durch die Tat sei der verbrecherische Wille des Täters zum Ausdruck gekommen, der wieder unter das Gesetz gebeugt werden müsse, über das er sich hinweggesetzt habe. Dies sei nicht um äußerer Rücksichten willen notwendig, sondern müsse deshalb geschehen, »weil das Unrecht und unvernünftige nicht neben dem Rechte gelten kann [216]. Die Strafe sei deshalb Forderung des Rechtes und der Gerechtigkeit.

Gesetz und Strafe seien aber insbesondere zeitlich und räumlich bedingt. Wenn das Gesetz selbst das den Zeitverhältnissen und der Sitte entsprechende gerechte Maß der Gegenwirkung im Falle der Verletzung angegeben habe, so sei eben dieses und kein strengeres anzuwenden, »weil nur die Handlung selbst in dem Verhältnis zu dem dadurch übertretenen Gesetz gewürdigt, weil sie gerechterweise nur nach dem als Recht ausgesprochenen Gesetz beurteilt werden darf, also weil die Gerechtigkeit allein und keine außerhalb oder neben derselben liegende Rücksicht entscheiden darf«.

Die »allgemein angenommene und nirgends bestrittene Ausnahme«, daß mildere neue Gesetze rückwirkend anzuwenden seien, sei in Wirklichkeit keine Ausnahme, sondern selbst die Regel. Der Grund der milderen Abänderung sei entweder in der anerkannten rechtlichen Notwendigkeit, wonach künftig nur die mildere Strafe zur Anwendung kommen solle, weil man sie nicht mehr für ange-

[215] Vgl. oben S. 68 f. der Arbeit.
[216] a. a. O. S. 476.

messen halte, oder »in einer einzutretenden politischen Rücksicht zu suchen«. Es sei deshalb völlig gerecht, daß nicht mehr das aufgehobene, sondern das neue, das Recht ausdrückende Gesetz zur Anwendung gebracht werde. Gegen den Einwand, daß doch auch das neue strengere Gesetz als das im Zeitpunkt der Aburteilung gerechtere anzusehen sei und deshalb angewendet werden müsse, führt Abegg an, daß dies deshalb nicht möglich sei, weil dann »dem Verbrecher angetan würde, was er nicht in sein Bewußtsein aufgenommen hatte und nicht wissen konnte«[217]. Die Anwendung des neuen milderen Gesetzes sei deshalb unbedenklich möglich, weil in dem Plus (des älteren), das Minus (des neueren) mit einbegriffen sei. Die Erfordernisse einer gerechten Anwendung des Gesetzes seien deshalb erfüllt: dem Verbrecher geschehe kein Unrecht. Nicht so verhalte es sich in dem umgekehrten Fall, wenn nämlich das neue Gesetz eine schwerere Strafe androhe. Denn dieses Mehr habe der Verbrecher nicht in sein Bewußtsein aufnehmen können, habe er nicht wissen können. Auf dieses Wissen käme es aber deshalb an, weil das frühere Minus das spätere Plus nicht enthalte und »dessen Anwendung kann daher, dem Rechte nach selbst, nur für die Zukunft erfolgen und durch keine politische Rücksicht eine retraktive Wirkung erreicht werden . . . «[218].

Eine namentlich am Schluß derartig angreifbare und teilweise auch wenig stichhaltige Begründung hat selbstverständlich die Wissenschaft zu Gegenschriften herausgefordert. So erschien bereits im folgenden Jahre eine Dissertation von van de Poll[219], die von mir leider nicht aufgefunden wurde und die mir nur aus einer Besprechung im Neuen Archiv des Criminalrechtes bekannt ist.

Van de Poll genügte die von Abegg aus dem Gerechtigkeitsprinzip abgeleitete Begründung nicht. Nach seiner Ansicht erwirbt der Staat ein bestimmtes Straf-Recht, ein Recht eine bestimmte Strafe zu vollstrecken, erst aus seiner Strafandrohung. Würde er also ein neues strengeres Gesetz auf eine vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes begangene Tat anwenden wollen, so würde er damit ein Recht ausüben, das er erst durch das neue Gesetz erhalten habe. Wenn dagegen in einem neuen Gesetze eine Tat straflos bleibe oder nur mit einer geringeren Strafe bedroht werde, so müsse dieses Anwendung

[217] a. a. O. S. 486.

[218] a. a. O. S. 485 Anm. 17.

[219] De vi legis novae in criminum antea commissorum poenas, condemnationes et persecutiones. Amstelod. 1834. Besprochen im Archiv d. Criminalrechtes. N. F. Jg. 1834. S. 298 ff.

finden, da das Recht des Staates, die angedrohte Strafe auszusprechen, in dem Augenblick wegfalle, in dem der Staat selbst ausspreche, daß die geringere Strafe zur Erreichung des Strafzweckes ausreiche. Es erübrigt sich, zu dieser ebenso merkwürdigen wie unhaltbaren Begründung näher Stellung zu nehmen. —

Auch Zachariä widmete dem Problem der Rückwirkung ebenfalls eine 1834 erschienene besondere Abhandlung[220], ohne jedoch die Schrift von van de Poll zu kennen. Auch er nannte wiederum unseren Grundsatz »die anerkannte Regel«, wobei er allerdings anscheinend in erster Linie an das römische Recht dachte[221]. Zachariä suchte ein Prinzip, das den wesentlichen Zwecken der Strafgesetze und der Bestrafung von Verbrechen entspricht. Nach seiner Ansicht hat die Strafgesetzgebung einmal die Aufgabe, Störungen im Staate zu verhindern. Zum anderen habe sie aber auch den Bürger vor dem Mißbrauch der die wichtigsten Güter des Menschen bedrohenden Strafgewalt des Staates zu schützen. Zachariä ging also von dem Satz nulla poena sine lege aus, den er für unbedingt notwendig hielt, »wenn der Bürger sich nicht in einem rechtlosen Zustande der Staatsgewalt gegenüber befinden und der gränzenlosen Willkür der Richter verfallen sein soll . . . «[222]. Nach Zachariä hat der Verbrecher ein Recht, nur nach den bestehenden Gesetzen gerichtet und nicht mehr Übeln, überhaupt keiner härteren Behandlung unterworfen zu werden, als die Strafgesetzgebung des Staates gestatte. »Erkennt man diesen Satz in dem Falle für richtig an«, fährt er fort, »wenn die Gesetze zu der Zeit, wo der Staat seine wirklichen oder vermeintlichen Rechte auf Bestrafung geltend machen will, noch die nämlichen sind, welche zur Zeit der Vornahme der Handlung . . . galten, so muß man auch zugeben, daß der Staat nicht das Recht haben könne, durch ein neues Gesetz eine Änderung hervorzubringen und sich mehr Rechte beizulegen, als er nach der bisherigen positiven Gesetzgebung geltend machen konnte«[223]. Zachariä kommt also zu dem gleichen unhaltbaren Ergebnis, wie van de Poll. Gerade bei Zachariä zeigt sich die staatsrechtliche Wurzel unseres Grundsatzes am deutlichsten, wenn auch nach seinem Ausgangspunkt die strafrechtlichen Gesichtspunkte nicht völlig außer acht gelassen werden sollten und das römische Recht sogar an den

[220] Die bereits genannte Schrift »Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze. Gött. 1834«.
[221] a. a. O. S. 1.
[222] a. a. O. S. 10/11.
[223] a. a. O. S. 12, 20 — 29.

Anfang der Erörterungen gestellt wird. Vielleicht war auch das römische Recht der Anlaß zu der Einschränkung des von ihm aufgestellten Grundsatzes. Denn er fährt fort, daß der Staat aber in »eine solche gefährliche Lage kommen könne«[224], daß rückwirkende Gesetze unumgänglich seien und daß die Befugnis des Staates zu der Anordnung der rückwirkenden Kraft nicht abgeleugnet werden könne. Auch bei den sog. natürlichen Verbrechen könne die Anordnung der rückwirkenden Kraft nicht zugestanden werden, weil es unmöglich sei, festzustellen, wann ein natürliches Verbrechen vorliege und wann nicht[225].

Selbstverständlich will auch Zachariä neuen milderen Gesetzen rückwirkende Kraft zukommen lassen. Er geht davon aus, daß »zur Erhaltung des rechtlichen Zustandes, wozu der Staat jedenfalls ein Recht und eine Pflicht hat, man mag darin den Zweck des Staates oder nur die Grundbedingungen für Existenz und Fortdauer finden, darf jener keine anderen und nicht mehr Mittel anwenden, als gerade die Notwendigkeit erheischt«[226]. Gebrauche er mehr Mittel, so handele er ungerecht. Erkläre der Gesetzgeber eine Tat in einem neuen Gesetz für geringer strafbar, so enthalte diese Erklärung einen Verzicht des Staates auf das ihm zustehende Strafrecht, die den Richter auch ohne ausdrückliche Bestimmung zur Anwendung des neuen milderen Gesetzes verpflichte. Selbst der Gesetzgeber könne dem Richter nicht das Gegenteil zur Pflicht machen, denn hierbei würde er sich selbst widersprechen. Auch insoweit bewegt sich also die Begründung Zachariäs völlig in den Gedanken der französischen Revolution. Auch seine Begründung konnte demgemäß keine allgemeine Zustimmung finden, zumal sie selbst für ihre Zeit zu wenig in die Tiefe ging. Das Problem gab daher der Wissenschaft immer wieder zu neuer Bearbeitung Anlaß.

Vor allem sind in der Folgezeit Bauer[227], Köstlin[228], und Mittermaier, der spätere Bearbeiter des Feuerbachschen Lehrbuches[229],

---

[224] a. a. O. S. 15.

[225] a. a. O. S. 22.

[226] a. a. O. S. 33/34.

[227] Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprozesse I, 1840. — II. Abhandlung: Von dem Strafgesetze, S. 168 ff. Vgl. auch dessen Lehrbuch des Naturrechts. Marburg 1808. S. 309 ff.

[228] Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, Tübingen 1845. S. 750 ff. Vgl. auch sein System des deutschen Strafrechts, Allgem. Theil. Tübingen 1855. S. 48 ff.

[229] Feuerbach, Lehrbuch. 14. Aufl. hrsg. v. Mittermaier, Gießen 1847. S. 141, Note 2.

zu nennen. Bauer erklärt abweichend von den bisher Genannten grundsätzlich das neue Gesetz für maßgebend, denn das alte Gesetz, innerhalb dessen Geltungsbereich die Handlung geschehen sei, sei außer Kraft getreten und könne deshalb auch keinerlei Wirkung mehr äußern. Das Strafgesetz habe eine »doppelte Richtung« [230]. Die erste sei die auf das Volk gerichtete. In dieser Eigenschaft betreffe das Strafgesetz künftige zu besorgende Handlungen, vor deren Begehung es die Untertanen warnen solle. Hiernach sei die Strafgesetzwidrigkeit der Handlung und die Verwirkung der gedrohten Strafe zu beurteilen. Die zweite Richtung des Strafgesetzes beziehe sich auf die Gerichte. »In dieser Beziehung sei das Strafgesetz eine Norm für die nach dessen Verkündung und also innerhalb seines Zeitgebietes zu fällenden Erkenntnisse, welche daher nach dem zur Zeit der Urteilssprechung geltenden Gesetze eingerichtet werden müssen« [231], wobei diese Regel allerdings durch die erste Regel und den Satz »keine Strafe ohne Gesetz« (nulla poena sine lege) beschränkt sei. Aus diesen Erwägungen heraus kommt schließlich Bauer zu folgendem allgemeinen Prinzip: »Im Falle eines zwischen dem alten und neuen Gesetze obwaltenden Widerstreites hat der Richter das neue zur Zeit der Urteilsfällung geltende Gesetz anzuwenden; falls dies jedoch nicht ohne Verstoß gegen die Regel: keine Strafe ohne vorhergehendes Gesetz geschehen kann, das alte Gesetz zur Anwendung zu bringen« [232]. Im einzelnen leitet Bauer aus dieser Regel folgende Einzelheiten ab: Sei eine Tat nach dem alten Gesetz straffrei, so könne der Täter, trotzdem im allgemeinen das neue Gesetz angewendet werden solle, vorliegend nicht mit Strafe belegt werden, weil dem der Satz nulla poena sine lege entgegenstehe. Sei die Tat nach dem neuen Gesetz straflos, so sei, obwohl an sich die im alten Gesetz ausgeworfene Strafe verwirkt sei, der Täter straffrei zu belassen, weil der Richter sein Urteil dem neuen Gesetze gemäß abfassen müsse. Dieser Pflicht des Richters stehe deshalb ein Recht des Täters gegenüber. Die Folge der Tat, die Bestrafung, äußere sich innerhalb des Herrschaftsgebietes des neuen Gesetzes, sei also nach diesem Gesetz zu beurteilen [233]. Drohe das alte Gesetz eine härtere Strafe an, so sei das neue mildere Gesetz anzuwenden, weil die Folge der Tat unter der Herrschaft des neuen Gesetzes eintrete. Sei umgekehrt das neue Gesetz das strengere, so sei vermöge des Satzes »nulla poena sine lege« das alte mildere anzuwen-

[230] a. a. O. S. 169.
[231] a. a. O. S. 170.
[232] a. a. O. S. 170.
[233] a. a. O. S. 172.

den. So merkwürdig und unzutreffend die Begründung Bauers ist, hat sie trotzdem Anklang und Anhänger gefunden.

In ähnlicher Weise baut auch Köstlin [234] seine Lehre auf. Er sprach von der »Handlung« und der »Tilgung der Schuld« [235]. Weil es an der Tilgung einer Schuld fehle und weil Genugtuung für eine Rechtsverletzung gefordert werde, die vorher nicht möglich gewesen sei, deshalb solle das neue, an sich zwar anzuwendende (strengere) Gesetz, nicht maßgebend sein. Obwohl der Verbrecher nach dieser Theorie stets nach dem alten strengeren Gesetze zu bestrafen wäre, lehnt Köstlin diesen Schluß ab, weil »der Staat ein Unrecht gegen sich selbst begehen würde, wenn er ein Recht noch wiederherstellen wollte, das er ganz oder relativ nicht mehr erkennt« [236]. Nach Köstlin ist also das Verhältnis zwischen Staat und Verbrecher ein dem Zivilrecht ähnliches Rechtsverhältnis. Ebensowenig wie die Teilung Bauers, ist selbstverständlich auch diese Teilung der strafbaren Handlung zutreffend.

Auf die in den folgenden Jahren erschienenen Schriften — nicht vergessen werden darf hierbei der bereits erwähnte Mittermaier [237] — kann wiederum verzichtet werden, da sie zur Begründung des Verbotes rückwirkender Strafgesetze keine neuen Gesichtspunkte bringen, vielmehr den Grundsatz als gegeben hinnehmen. Zu nennen wären u. a. Heffter [238], Marezoll [239], ferner Schwarze [240] und Berner [241], der seine Begründung mit dem Satze beginnt: »Es stände

[234] a. a. O. S. 48 ff. (System) und Neue Revision, S. 750 ff.

[235] Neue Revision, S. 751.

[236] Neue Revision, S. 751.

[237] a. a. O. S. 141.

[238] Lehrbuch d. gemeinen deutschen Strafrechts mit Rücksicht auf ältere und neuere Landesrechte. 5. Aufl. Braunschweig 1854.

[239] Das gemeine deutsche Criminalrecht als Grundlage der neueren deutschen Strafgesetzgebungen. 3. Aufl. Leipzig 1856.

[240] Schwarze, Bemerkungen zu der Lehre v. d. Rückwirkung neuer Strafgesetze auf ältere Verbrechen. In: Archiv des Criminalrechtes N. F. Jg. 1857. S. 371 — 395. Vgl. denselben auch im Handbuch d. Deutschen Strafrechts von Holtzendorff. Bd. 2. Berlin 1871.

[241] Wirkungskreis des Strafgesetzes, nach Zeit, Raum und Personen, ... Berlin 1853. S. 50 ff. Mildere Gesetze haben dagegen rückwirkende Kraft, weil die Anwendung des alten strengen Gesetzes »materiell ungerecht« wäre. Vgl. auch dessen Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 15. Aufl. Lpz. 1888, wo er die Rückwirkung des Strafgesetzes deshalb verwirft, weil der Täter sich der Strafbarkeit seiner Tat nicht bewußt werden konnte. Bewußtsein der Strafbarkeit ist aber gar nicht notwendig zur Bestrafung, womit auch diese Begründung als unzutreffend gekennzeichnet ist.

schlecht um die bürgerliche Freiheit, wenn die Handlungen des Bürgers nachträglich für Verbrechen erklärt werden könnten, während sie zur Zeit der Begehung für erlaubt galten«. Damit sagt er das offen aus, was bereits bisher zwischen den Zeilen aller bisherigen Begründungen herauszulesen war und was letzten Endes bis in die neueste Zeit die Begründung für das Verbot rückwirkender Gesetze abgegeben hat. Eine Weltanschauung, die das Gemeininteresse, das Interesse des Staates, in den Vordergrund stellt, kann deshalb, wenn sie überhaupt den Grundsatz weiter beibehalten will, sich mit allen bisherigen Begründungen nicht zufrieden geben. —

Von den Vertretern des Verbotes rückwirkender Gesetze im 19. Jahrhundert bleiben nur noch Bekker [242], der bereits mehrfach genannte Seeger [243], sowie Geib [244] als bedeutsamste zu nennen. Alle anderen begnügen sich mit der Feststellung, daß rückwirkende Strafgesetze unzulässig sind. Eigene Gedanken werden dabei höchstens zu Einzelfragen gebracht, deren Anführung aber den Zweck und den Rahmen dieser Arbeit bei weitem überschreiten würde und die deshalb hier nicht besprochen werden können. —

Bekker sieht in dem Strafgesetz einmal eine Anweisung an den Richter, wie er die Strafgewalt des Staates zu üben habe, zum anderen habe das Strafgesetz aber auch den Charakter eines allgemein bindenden Verbotes [245]. »Weil die Strafgesetze die Verbrechen verbieten, und die Verbrechen rechtlich als Überschreitungen des Verbots zu behandeln sind, darum müssen die Strafgesetze regelmäßig auf diejenigen Verbrechen angewandt werden, die zur Zeit ihres Bestehens verübt werden, nicht auf alle, die während dieser Zeit zur Entscheidung kommen . . . « [246]. Zur Frage der Rückwirkung des milderen Gesetzes nimmt Bekker eingehend Stellung. Diese, — nach seiner Meinung angebliche — Ausnahme von dem Grundsatz, sei vor dem allgemeinen Landrecht nicht gemacht worden. Mit den bisherigen Begründungen setzt sich Bekker eingehend auseinander [247].

[242] Bekker, Theorie des heutigen deutschen Strafrechts. Bd. 1. Leipzig 1859.
[243] Seeger, Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze. Tübingen 1862.
[244] Lehrbuch d. deutschen Strafrechts. Bd. 2. Lpz. 1862. (Geib) Nichtrückwirkung deshalb, weil das neue Gesetz dem Täter keine Veranlassung zur Beachtung geben konnte. Ausnahme milderes Gesetz: Seine Ansicht belegt Geib mit den bekannten Stellen des römischen Rechts, wie überhaupt diese Entwicklungslinie bei ihm im Vordergrunde steht.
[245] a. a. O. S. 195.
[246] a. a. O. S. 196.
[247] Vgl. insbesondere a. a. O. S. 212 ff.

Keine trifft seiner Ansicht nach zu. Dabei stellt er die merkwürdige Behauptung auf, der Staat könne nicht eins seiner Gesetze für besser erklären als das andere[248]! S. *222* kommt er schließlich zu folgenden Feststellungen: »Dem milderen Strafgesetz kommt an sich kein Einfluß zu auf Fälle, die unter der Herrschaft eines strengeren Strafgesetzes sich zugetragen haben; der Staat ist auch nicht verpflichtet, jedem milderen Gesetz rückwirkende Kraft beizulegen, und thut er dies, so ist die betreffende Verordnung als Begnadigung derer, die noch nach dem früheren Gesetz zu behandeln wären . . . . anzusehen[249]; der Staat kann nicht auch in gleicher Weise dem verschärfenden Gesetz Rückwirkung geben, weil er keine rechtliche Macht hat, die Strafbarkeit derer zu erhöhen, deren Schuld aus dem früheren Gesetz sich bestimmt«. Bezüglich des strengeren Gesetzes knüpft Bekker also an die Lehre Köstlins an. —

Auch Seeger verwirft rückwirkende Gesetze[250]. Seine Lehre beruht auf einer gründlichen Verarbeitung aller bisher von anderen Bearbeitern des Problems vorgetragenen Gesichtspunkte. Sie zeigt zugleich, wie die Forderung nach dem Verbot rückwirkender Gesetze mehr und mehr zu einer politischen Forderung wird, zu der sie sich später namentlich bei der klassischen Strafrechtsschule entwickelt. Wie sollten sonst seine »Ausgangspunkte«[251] zu verstehen sein, in denen er ausführt, rechtmäßig sei die Strafe nur, wenn sie vor der Tat durch eine Rechtsquelle angedroht gewesen sei. Es sei ein Grundrecht des Bürgers[252], nach keinem härteren Gesetz beurteilt zu werden, als nach demjenigen, unter dessen Herrschaft er gehandelt habe. Gerecht sei die Bestrafung nur insoweit, als sie für die Gesamtheit, für das allgemeine Recht und Wohl, Wert habe. Der Staat habe das Recht und die Pflicht, die ungerechte Strafe zu beseitigen. So ergebe sich aus der allgemeinen Aufgabe der Rechtsverwirklichung die einheitliche Regel:

---

[248] a. a. O. S. 218.

[249] Zu dem gleichen Ergebnis kommt unabhängig von Bekker, Hälschner, System d. Preußischen Strafrechtes (Th. 1. Bonn 1858. S. 44 unten), der feststellt, es handele sich bei der Rückwirkung des milderen Gesetzes »lediglich um einen Act der Gnade«.

[250] a. a. O. S. 70 ff.

[251] a. a. O. S. 82/84 (§ 13).

[252] Selbstverständlich gründet Lassalle, System der erworbenen Rechte, 1861, das Verbot der Rückwirkung ebenfalls auf die Theorie von den »wohlerworbenen Rechten«, eine Begründung, auf die näher einzugehen sich erübrigt.

»Früher geschehene Taten sollten unter das jetzige Recht gestellt werden, wenn es demjenigen, das zur Zeit der Tat bestand, an Strenge gleich ist; sind beide verschieden, so soll das mildere angewandt werden, mag es nun das ältere oder das neuere sein.« [253].

Das Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuchs verursachte wiederum eine Reihe von Aufsätzen [254], die sich allerdings mehr mit den hier nicht interessierenden Spezialfragen zu unserem Problem befassen. Immerhin ist ein Aufsatz von Franke [255] erwähnenswert, der alle im Zusammenhang mit der Gesetzesänderung stehenden Fragen einer Erörterung unterzieht, ferner das Lehrbuch von Schütze [256], der ausführt, die Billigkeit verlange, daß die Strafgesetze auf die nach ihrem Inkrafttreten verübten Handlungen Anwendung fänden, v. Liszt [257], der der herrschenden Lehre folgt, und schließlich zwei Dissertationen von Lehmann [258] und Vosberg [259].

Auch Lehmann [260] kommt zu dem Ergebnis, daß das neue Gesetz dann keine Berücksichtigung verdiene, wenn es strenger als das alte sei, weil es die staatliche Strafbefugnis erweitere; sei es dagegen milder als das alte, so sprächen anerkennungswerte Billigkeitsgründe für die Anwendung des neuen Gesetzes (vgl. S. 15 ff.). Vosberg [261] stellt demgegenüber erneut die Forderung nach grundsätzlicher Anwendung des jeweils mildesten Gesetzes auf und nähert sich

[253] a. a. O. S. 84. Vgl. ferner die folgenden Erörterungen S. 84 — 114, in der die Richtigkeit seiner Lehre und deren Auswirkung dargetan werden soll, sowie das Gutachten Seegers, in den Verhandlungen des 9. deutschen Juristentages, Bd. 1. Berlin 1870, S. 74 — 97, bes. III (ab S. 89).

[254] Von früheren wäre Pulvermacher, Über die rückwirkende Kraft des milderen Strafgesetzes . . . , Goltdammers Archiv 19, S. 5 — 18, wegen seiner merkwürdigen Begründung zu erwähnen. Pulvermacher erklärt, das alte Gesetz sei untergegangen und deshalb nicht mehr anwendbar. Da die Handlung aber auch nicht unter dem neuen Gesetz begangen sei, sei auch dieses nicht anwendbar. Folglich, schließt P., finde stets das mildeste Gesetz Anwendung!

[255] Franke in Goltdammers Archiv 20. Band, Berlin 1872, S. 14 ff.

[256] Schütze, Lehrbuch d. Deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs. Lpz. 1874. § 18.

[257] Lehrbuch d. Deutschen Strafrechts. 25. Aufl. Berlin u. Leipzig 1927. § 19. S. 114 ff.

[258] Lehmann, Das zeitliche Herrschaftsgebiet der Strafrechtssätze, namentl. mit Rücksicht auf das schweizer. Recht. Bern. Diss. 1895.

[259] Über die Rückwirkung d. Strafgesetzes. Erlangen. Diss. 1898.

[260] a. a. O. § 5, S. 10 ff.

[261] a. a. O. S. 12.

in der Begründung stark derjenigen Pulvermachers. Ihm kommt es vor allem darauf an, für die Erscheinung der Rückwirkung unter Zugrundelegung des Satzes lex non trahenda est ad praeterita einen Rechtsgrund zu liefern. Auch Vosberg [262] geht davon aus, daß ein neues Gesetz vermöge des genannten Rechtssatzes auf Taten, die unter der Herrschaft des alten Gesetzes begangen wurden, nicht anwendbar sei. Das neue Gesetz sei auf solche strafbaren Handlungen aber auch deshalb noch nicht anwendbar, weil es damals noch nicht in Kraft gewesen sei. Ebensowenig sei das alte Gesetz noch anwendbar. Es gelte also, »eine Strafform zu finden, die allein für solche strafbaren Handlungen konstituiert, den nötigen Übergang zwischen dem alten und neuen Gesetz schafft«. Die auf solche von ihm sog. »schwebenden« Verbrechen bezüglichen Bestimmungen stellten ein selbständiges Gesetz für sich dar, das er in das Einführungsgesetz des neuen Gesetzes aufgenommen sehen will. Dieses »vermittelnde oder Übergangsgesetz« erhebe die Strafbestimmungen beider, — des alten und des neuen Gesetzes —, zu seiner eigenen Strafnorm, da »der Anwendung des alten Gesetzes das Fehlen seines zweiten Essentiale, nämlich der Strafe im Wege stand — denn Tat und Strafe lassen sich als Essentialen für die wirksame Existenz eines Strafgesetzes auffassen —, die Anwendung des neuen Gesetzes aber durch das Fehlen des ersten Essentiale, der Tat, — denn das neue Gesetz schützt diese Tat eben anders als das alte — gehindert wird «. Aus der Vergleichung beider Strafbestimmungen werde die Strafe genommen. Es sei zu berücksichtigen, daß dieses Übergangsgesetz keinen »Strafandrohungs- oder Verbotszweck«, sondern lediglich einen »Strafexecutionszweck«, habe, was den Gesetzgeber veranlassen müsse, stets die größte Milde zur Anwendung zu bringen [263]. Seine Begründung ist zwar sehr scharfsinnig, sie kann aber m. E. nur als leere Konstruktion bezeichnet werden.

Auch im 20. Jahrhundert wird die Lehre vom Verbot rückwirkender Strafgesetze nicht erschüttert. Fast alle großen Strafrechtler haben sich dieser Lehre angeschlossen, die so allgemein vertreten wird, daß man größten Teils auf eine eingehende Begründung verzichtet, zum mindesten aber von einer tiefschürfenden eigenen Begründung

[262] a. a. O. S. 37 ff.

[263] Wegen der Einzelheiten vgl. S. 40/41. — Den Einwand, wegen Fehlens des »Warnungszweckes« des Übergangsgesetzes könne eigentlich überhaupt keine Strafe eintreten, beseitigt V. mit der Erwägung, daß in den Anschauungen der ganzen in Frage kommenden Zeit ein Strafwille jedenfalls erkenntlich war.

absicht[264]. Hervorzuheben ist vielleicht noch die Darstellung von Bars[265], der zwar grundsätzlich das neue Strafgesetz auf früher begangene Handlungen angewendet wissen will, »dem Schuldigen aber aus Rücksicht auf die individuelle Rechtssicherheit und zur Vermeidung möglicher Mißbräuche«[266] das frühere mildere Gesetz zu Gute kommen lassen, jedenfalls also die Rückwirkung des strengeren Gesetzes ausschließen will. Von Bar geht zunächst davon aus, daß ein gerechtes Strafrecht eine doppelte Voraussetzung habe. Von Seiten des Staates, der Gesamtheit, aus gesehen, könne lediglich die neuere Überzeugung, das neuere Gesetz gelten. Von Seiten des Individuums aus betrachtet, stelle sich die Ausübung des Strafrechts als Eingriff in dessen Rechtssphäre dar, die in einer für das Individuum unberechenbaren Weise jedoch nicht beeinträchtigt werden dürfe. Der Einzelne dürfe nicht getäuscht werden, wenn er im Vertrauen auf seine geringere Strafbarkeit gehandelt habe. Die Minderung seiner Rechtssphäre dürfe nur unter Mitwirkung des eigenen Willens des Individuums geschehen. »Nur soweit die Überzeugung der Gesamtheit die Bestrafung wie die Höhe der Strafe fordert und zugleich der Rechtsschutz des Individuums Bestrafung wie Höhe der Strafe zuläßt, ist Bestrafung gerecht«[267]. Auch hier ist also widerum letzter Grund für die Verwerfung rückwirkender strengerer Gesetze, die Sorge um die Freiheitsrechte des Individuums.

c) Die Gegner, insbesondere Binding und Träger.

Bei einem derartig dem Zeitgeist und der Weltanschauung der Zeit entsprechenden Grundsatz fanden sich selbstverständlich nur wenige Wissenschaftler, die gegen ihn ankämpften. Wenn Träger[268] anführt, daß diese wenigen gerade diejenigen gewesen seien, die sich am eingehendsten mit der Frage beschäftigt haben, so muß ihm insoweit entschieden widersprochen werden. Die von ihm genannten Connanus und Teutler haben sich keineswegs eingehend mit dem Problem befaßt. Klein[269] steht sogar auf dem gegenteiligen Stand-

[264] z. B. Merkel (-Liepmann), Die Lehre von Verbrechen und Strafe, Stuttg. 1912, S. 346 ff., Wachenfeld, Lehrbuch d. deutschen Strafrechts, München 1914, S. 57, Liszt (-Schmidt), Lehrbuch d. deutschen Strafrechts, 25. Aufl. 1927, S. 114 ff. u. a.

[265] v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. 1. Das Strafgesetz. Berlin 1906. S. 59 ff.

[266] a. a. O. S. 60 u. S. 71 ff.

[267] a. a. O. S. 73.

[268] a. a. O. S. 345/346.

[269] Vgl. S. 65 der Arbeit.

punkt und auch Osterstedt[270], dessen Werk mir nur aus zweiter Hand bekannt ist, kann nicht ohne weiteres hierher gerechnet werden, da er das neue Strafgesetz nur auf die Verbrecher angewendet wissen will, die das Gesetz vor der Publikation bereits gekannt haben, weil die Publikation bloß den Zweck habe, den Bürger von dem Willen des Gesetzgebers zu unterrichten und dies bei jenem »Subjekte« bereits geschehen sei[271].

Ebenso kann auch die Abhandlung von Reinhold Schmid[272] nur in beschränktem Umfang zu dieser Gruppe gezählt werden. Schmid ist immerhin der erste, der mit ausführlicherer und tieferer Begründung teilweise rückwirkende Gesetze verlangt.

Reinhold Schmid sieht die Ursache der herrschenden Ansicht über die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze in der Annahme gegründet, daß das Verhältnis zwischen dem strafenden Staat und dem Verbrecher demjenigen analog aufgefaßt wird, das im Privatrecht zwischen dem Verletzer und dem Verletzten durch ein Delikt begründet wird. Auf diese Ansicht habe man naturnotwendig kommen müssen, sobald man die vorausgegangene Strafandrohung für erforderlich erkannt habe (was übrigens nicht zutrifft, vgl. oben unter b). Dann könne zwar der Staat auf ein härteres Strafgesetz aus besonderen Gründen verzichten, nicht aber eine strengere Strafe vollziehen, als er vorher angedroht habe.

Man müsse aber davon ausgehen, daß die Strafe immer nur eine gerechte und zweckmäßige Vergeltung einer gemeingefährlichen Verletzung der rechtlichen Ordnung sein solle, es dürfe deshalb die Androhung nicht als so entscheidend angesehen werden. Nach eingehenden Darlegungen und Auseinandersetzungen mit der herrschenden Lehre[273] kommt Schmid schließlich zu der Forderung nach rückwirkender Anwendung neuer Strafgesetze. Allerdings beschränkt er diese Forderung auf die sog. natürlichen Verbrechen. Hier gebiete dem Staat die Pflicht, seine Strafgewalt zu jeder Zeit nach bestem Wissen auf gerechte und zweckmäßige Weise zu verwalten, also auch dann von seinem Strafrecht Gebrauch zu machen, wenn eine Schärfung eingetreten sei. Bei Handlungen, die erst durch das positive Recht zu strafbaren Handlungen gemacht worden seien, sei dagegen der herrschenden Lehre (—Verbot der Rückwirkung —)

---

[270] Über die Grundregeln der Strafgesetzgebung, Kopenhagen 1818.
[271] Nach Tittmann a. a. O. § 13, § 44, S. 277.
[272] Die Herrschaft der Gesetze, Jena 1863, S. 149 ff. S. 186 ff. insbesondere.
[273] S. 188 — 190 u. 193 ff. (Eingehende Auseinandersetzung insbesondere mit Seeger).

zu folgen, weil hier sonst in verwerflicher Weise in die persönliche Freiheit und in die Rechtssicherheit eingegriffen werde. Andrerseits wird aber auch in diesen Fällen die Rückwirkung für zulässg gehalten, wenn der Staat die bisherige Strafandrohung für ungerecht erkennt [274].

Der Vorschlag Schmids dürfte allerdings in der Praxis undurchführbar sein, weil es sich einfach nicht feststellen lassen wird, wann ein »natürliches« Verbrechen vorliegt und wann nicht. Zur Ausbildung seiner Theorie ist Schmid wohl einerseits durch das römische Vorbild (— auch hier wird von natürlichen Verbrechen gesprochen, vgl. oben —), andrerseits aber auch durch das Naturrecht veranlaßt worden.

Neben ihm sind vor allem Binding [275], Hälschner [276] und Träger, ferner Geyer [277], Finger [278] und Köhler [278] zu nennen.

Binding vertritt von allen am schärfsten die Forderung nach rückwirkenden Strafgesetzen. Zum Ausgangspunkt nimmt er seine Normentheorie. Er unterscheidet, ob die früher begangene Handlung normwidrig war oder nicht. Im ersteren Falle soll die unter der Herrschaft des alten Gesetzes begangene Tat dem neuen härteren Strafgesetz unterliegen, und zwar auch dann, wenn dieser erst eine Strafe für die normwidrige Handlung einführe [279]. Die Übertretung der Norm begründe grundsätzlich eine Strafbefugnis bzw. eine Strafpflicht für den Staat und eine Straferduldungspflicht für den Täter. Eine Ausnahme müsse allerdings dann anerkannt werden, wenn das positive Gesetz anordne, daß eine Handlung nur dann mit Strafe belegt werden darf, wenn sie zur Zeit der Begehung mit Strafe bedroht war.

---

[274] Vgl. dazu auch Hudtwalcker u. Trummer a. a. O. S. 205 (§ 85).

[275] Die Normen und ihre Übertretung. 2. Aufl. Leipzig 1890. Bd. 1, S. 167 ff.; Handbuch des Strafrechts. S. 225 ff.; auch Grundriß d. Deutschen Strafrechts. Allg. T. 8. Aufl. Leipzig 1913.

[276] Das Gemeine Deutsche Strafrecht. Bd. 1. (1881). S. 116 ff.

[277] Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. München 1884. § 22.

[278] Finger, Lehrbuch d. deutschen Strafrechts. §§ 135 ff., der sich im wesentlichen Binding anschließt. Auch Köhler, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil. Leipzig 1917, S. 107 ff. dürfte hierher zu rechnen sein. Vgl. in diesem Zusammenhang ferner Lobe, Leipz. Kommentar. Bln. u. Lpz. 1933. S. 15.

[279] Vgl. in diesem Zusammenhang Förster, Der Einfluß der universalistischen Rechts- und Staatsauffassung auf die beiden Rechtssätze »nullum crimen sine lege« und »nulla poena sine lege«. Breslauer Diss. 1934, S. 30 ff. u. dens. in »Der junge Rechtsgelehrte« 1935, S. 18 ff.

Da mit der Normentheorie auch diese Theorie Bindings fällt, kann auf die Aufzählung von Einzelheiten verzichtet werden. Im übrigen dürfte ihre praktische Durchführung auf die gleichen Schwierigkeiten stoßen, auf die bereits bei der Theorie Schmids hingewiesen wurde.

Hälschner [280] schließlich erkennt zunächst an, daß der Satz: neue Gesetze beziehen sich nur auf die Zukunft, und die Folgerung hieraus: neue Gesetze müssen wohlerworbenes Recht unberührt lassen, richtig verstanden und angewandt, auch im Strafrecht Geltung habe. Er unterscheidet demgemäß [281] zwischen dem zwischen der Strafgewalt des Staates und dem Täter begründeten Rechtsverhältnis und der Wirkung dieses Rechtsverhältnisses. »Es ergibt sich für jenes Rechtsverhältnis, daß wenn das neue Gesetz an Tatsachen, Handlungen, die nach dem alten erlaubt oder mindestens nicht strafbar waren, einen Strafanspruch des Staates anknüpft, das neue Gesetz nicht rückwirkend aus den der Zeit des älteren Gesetzes angehörenden Tatsachen ein Rechtsverhältnis hervorgehen lassen kann, welches zu begründen sie damals ungeeignet waren« [282]. Ebenso sei es, wenn bei bereits begründeten Rechtsverhältnissen die tatsächlichen Voraussetzungen, aus denen ein solches Rechtsverhältnis erwächst, geändert würden. Würden aber durch das neue Gesetz lediglich die rechtliche Wirkung und Folgen der Rechte und Rechtsverhältnisse abgeändert, so finde es auch auf die schon früher begründeten Rechtsverhältnisse Anwendung. Hälschners Theorie kommt also praktisch auf diejenige Bindings heraus. Für sie gilt also das bereits oben Gesagte [283].

Die gesamte bisherige Lehre wird endlich von Träger [284] einer eingehenden Kritik unterzogen, mit dem Ergebnis, daß nach seiner Ansicht alle von der herrschenden Lehre für das Verbot rückwirkender Strafgesetze gegebenen Begründungen nicht stichhaltig seien. Er verlangt daher, daß auf früher begangene Handlungen ausnahmslos das neue Gesetz Anwendung finde und fordert deshalb die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in das neue deutsche Strafgesetzbuch. Mit seinen Forderungen hat sich Träger jedoch nicht durchge-

[280] a. a. O. S. 118.
[281] a. a. O. S. 119/120.
[282] a. a. O. S. 119.
[283] Zur Frage des neuen milderen Gesetzes erklärt H., dieses enthalte einen Verzicht des Staates auf den von ihm durch die früher verübte Handlung bereits erworbenen Rechtsanspruch.
[284] Träger, Vergleichende Darstellung a. a. O. S. 317 ff. Gerichtssaal Bd. 77, 1911, S. 100 ff. und Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswiss. 42, 1921, S. 721 ff.

setzt. Immerhin verdienen seine Untersuchungen auch im Rahmen der vorliegenden Arbeit eine etwas eingehendere Besprechung.

Träger beweist zunächst [285], »daß es folgerichtig und den Forderungen der Gerechtigkeit entspricht, das besserer Einsicht entsprungene und mit dem geläuterten Rechtsbewußtsein der Gegenwart harmonierende neue Gesetz grundsätzlich — d. h. zum mindesten insoweit, als es die Interessen des Verbrechers nicht verletzt — auf alle noch nicht abgeurteilten Taten anzuwenden« [286]. Deshalb müsse das neue mildere Gesetz stets auf früher begangene Taten angewendet werden. Das gleiche müsse aber auch dann geschehen, wenn die Tat bereits nach früherem Recht mit Strafe bedroht, das Verbrechen aber nach dem neuen Gesetz mit strengerer Starfe zu belegen sei.

Für die Anwendung des neuen strengeren Gesetzes sprächen — vom Standpunkt des strafenden Staates aus gesehen — alle theoretischen und praktischen Gründe. Der Staat sei zu einer Verschärfung der Strafe deshalb veranlaßt worden, weil er zu der Einsicht gekommen sei, daß die bisherige Strafe die Erreichung des Strafzweckes nicht verbürge. »Und diese Einsicht sollte der Gesetzgeber für die . . . . noch nicht abgeurteilten Fälle nicht verwerten dürfen!« [287]. Das gebiete weder die Vernunft — diese gebiete sogar gerade das Gegenteil — noch die Gerechtigkeit — denn wie könne diese mit dem als vernünftig Erkannten in Widerspruch treten — noch das Interesse der Allgemeinheit, denn dieses fordere gerade die Verschärfung der bisherigen unzulänglichen Strafe. Aber auch das Interesse des Einzelnen, nämlich das des Verbrechers, stehe dem nicht entgegen. Denn dieser habe selbstverständlich kein »wohlerworbenes Recht« auf die Strafe des milderen Gesetzes; das Verhältnis zwischen Staat und Verbrecher sei auch nicht etwa derartig, daß dieser das Verbrechen gegen die Verpflichtung zur Übernahme der Strafe begehen könne. Die Anerkennung der Rückwirkung neuer strengerer Strafgesetze rufe andrerseits aber auch keinen Zustand der Unsicherheit für alle Bürger hervor, sie bedrohe die bürgerliche Freiheit keineswegs. Denn es sei nicht notwendig, daß der Verbrecher das Gesetz gekannt habe. Dieser brauche ebensowenig die bloße Möglichkeit der Kenntnis der angedrohten Strafe zu haben (Argument z. B. von Abegg), denn es sei nicht einzusehen, weshalb

[285] V. D. a. a. O. S. 333 ff.
[286] V. D. a. a. O. S. 338.
[287] V. D. a. a. O. S. 347.

dieser Möglichkeit eine solche Bedeutung beizumessen sei[288]. »Gerade durch die Anordnung der Rückwirkung der strengeren Strafvorschriften wird der Erlaß gerechter Gesetze in hohem Maße verbürgt. Es gibt keinen besseren Prüfstein dafür, daß die beabsichtigte Erhöhung eines Strafrahmens gerecht ist, als wenn wir das strengere Gesetz auch in seiner Rückwirkung auf früher begangene Verbrechen gerecht finden können«[289].

Für solche Strafgesetze, die eine bisher straflose Handlung mit Strafe bedrohen, will jedoch auch Träger die rückwirkende Anwendung nicht zulassen. Soweit bisher erlaubte Handlungen zur Zeit der Aburteilung mit Strafe bedroht sind, sei eine Rückwirkung nicht möglich, weil eine derartige Vorschrift bei richtiger Erfassung des Schuldbegriffes (— es fehle das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit —) ohne jede Wirkung bleiben müsse. Aber auch bei neuen Gesetzen, die eine bisher zwar straflose, jedoch schon verbotene Handlung mit Strafe bedrohen, empfehle es sich, die Rückwirkung auszuschließen[290]. Zusammenfassend fordert Träger folgende Fassung des neuen Strafgesetzbuches:

> Eine Handlung kann nur dann mit Strafe bedroht werden, wenn sie vor der Begehung mit Strafe bedroht war.
> Beim Wechsel der Strafgesetzgebung ist das neue Gesetz auf die noch nicht abgeurteilten Straftaten aus früherer Zeit anzuwenden.[291].

d) Die Stellungnahme der Entwürfe.

Die Entwürfe sind der Ansicht Trägers nicht gefolgt. Der Vorentwurf von 1909 übernahm im wesentlichen den bisherigen § 2 des StGB., vereinfachte den Wortlaut und fügte einen neuen Absatz 3 an[292]. Die Anordnung der Rückwirkung der dem Täter günstigeren Gesetze sei durch die veränderte milder gewordene Rechtsan-

[288] Vgl. die eingehende Begründung V. D. a. a. O. S. 355 ff.

[289] V. D. a. a. O. S. 358. Weitere Argumente Trägers (Undurchführbarkeit der herrschenden Systeme, Inkonsequenzen der herrschenden Lehre) vgl. S. 361 ff. (§§ 11 u. 12).

[290] Vgl. V. D. a. a. O. S. 383 ff.

[291] Rückwirkung verlangen neuerdings ferner: Belrichard, Das zeitliche Geltungsgebiet der Strafrechtssätze, Züricher Diss. 1927, S. 219 f., und Hafter, Festgabe z. Schweiz. Juristentag 1928, S. 128 ff.

[292] Der Vorentwurf § 2 hat folgenden Wortlaut: Eine Handlung kann nur dann bestraft werden, wenn sie zur Zeit der Begehung gesetzlich mit Strafe bedroht war. Wird das Gesetz bis zur Aburteilung geändert, so kommt das dem Täter günstigste Gesetz zur Anwendung. Wird es aufgehoben, so fällt die Strafbarkeit fort. Vgl. dazu Begründung I, S. 5 ff.

schauung zu begründen, sie entspreche auch der natürlichen Billigkeit. Wenn man davon ausgehe, daß durch den Wechsel der Gesetzgebung die Lage des Täters nicht verschlechtert werden dürfe, so könne man der Anregung der Wissenschaft (- Träger —), auch dem neuen strengeren Gesetze rückwirkende Kraft beizulegen, nicht folgen.

An dieser Formulierung änderte der Gegenentwurf von 1911 nichts [293]. Der Gegenentwurf wollte jedoch die durch den Vorentwurf neu eingeführten sichernden Maßnahmen auf alle noch nicht abgeurteilten Strafsachen angeordnet wissen.

Während dieser Anregung der Entwurf der Strafrechtskommission von 1913 folgte und gleichzeitig der Absatz 3 des Vorentwurfes hier bezüglich der sog. Zeitgesetze ergänzt wurde [294], enthielt der Entwurf von 1919 keine Bestimmung über die Anwendbarkeit der Maßregeln der Sicherung und Besserung. Die vorgeschlagene Fassung des Gesetzes (hier § 6) wich wiederum etwas von der des Entwurfes von 1913 ab, blieb aber sachlich völlig bei der Regelung, wie sie das geltende Strafgesetz (§ 2 a. F.) und die Rechtsprechung entwickelt hatten [295]. Auch die Entwürfe von 1925 und 1927 brachten

[293] Abs. I kehrt zu dem »gesetzlich bestimmt« des § 2 a. F. zurück. Abs. III lautet: »Wird es aufgehoben, so fällt auch die bereits erkannte, aber noch nicht vollzogene Strafe oder sichernde Maßnahme fort«. Vgl. Begründung S. 2 — 4.

[294] § 2 Kommissionsentwurf lautet: Die Strafbarkeit der Tat bestimmt sich nach dem Gesetze, das zur Zeit der Begehung gilt. Wird das Gesetz bis zur Aburteilung geändert, so ist das Gesetz anzuwenden, das die mildeste Beurteilung der Tat zuläßt. Diese Vorschrift steht der Anordnung der in Abschnitt 10 bezeichneten Maßregeln der Besserung und Sicherung nicht entgegen. — Fällt das Gesetz bis zur Aburteilung weg, so erlischt die Strafbarkeit. Dies gilt nicht, wenn das Gesetz nur deshalb wegfällt, weil die in ihm festgesetzte Geltungsdauer abgelaufen ist, oder weil die tatsächlichen Voraussetzungen nicht mehr bestehen, wegen derer es erlassen ist.

[295] § 6 des Entwurfes von 1919 lautet:

Die Strafbarkeit bestimmt sich nach dem Gesetze, das zur Zeit der Tat gilt.

Wird das Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt, bis zur Aburteilung geändert, so ist das Gesetz anzuwenden, nach dem die Tat am mildesten zu beurteilen ist.

Fällt das Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt, bis zur Aburteilung weg, so erlischt die Strafbarkeit.

Die Vorschriften der Abs. 2, 3 stehen der Anwendung eines Gesetzes, das wegen besonderer tatsächlicher Verhältnisse erlassen und wegen

sachlich keine Änderung des § 2 a. F. Sie unterschieden sich von den früheren Entwürfen lediglich dadurch, daß die bisher in einem Paragraphen niedergelegte Regelung auf 3 — 4 Paragraphen verteilt wurde, von denen der Paragraph 3 bzw. 4 die Rückwirkung der Maßregeln der Sicherung und Besserung anordnete [296].

Gegen die Beibehaltung der bisherigen Regelung hatte sich m. E. außer Träger niemand gewandt [297]. Sie entsprach den Grundansichten ihrer Zeit, so daß es — wie das Beispiel Trägers zeigt — ein wenig Erfolg versprechendes Unternehmen gewesen wäre, dagegen anzukämpfen.

Wegfalls dieser Verhältnisse außer Kraft getreten ist, auf die während seiner Geltung begangenen Taten nicht entgegen.

Vgl. auch die Begründung S. 16, 17.

[296] Entwurf 1925:

§ 1: Eine Tat kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

§ 2: Die Strafe bestimmt sich nach dem Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt. Wird das Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt, vor der Aburteilung geändert, so ist das Gesetz anzuwenden, das für den Täter am günstigsten ist. Vorschriften, die wegen bes. tatsächlicher Verhältnisse erlassen worden waren, sind auf die während ihrer Geltung begangenen Taten auch noch anzuwenden, nachdem sie wegen Wegfalls dieser Verhältnisse außer Kraft getreten sind.

§ 3: Über Maßregeln der Besserung und Sicherung ist nach dem Gesetze zu entscheiden, das zur Zeit der Entscheidung gilt.

Vgl. auch Begründung S. 7, 8.

Entwurf 1927:

§ 1: Wie 1925.

§ 2: Die Strafe bestimmt sich nach dem Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt. Dasselbe gilt für Nebenstrafen und Nebenfolgen.

§ 3: Ändert sich das Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt, vor der Aburteilung, so ist das für den Täter günstigste Gesetz anzuwenden. (Satz 2 wie § 2, Abs. 2, Satz 2 des Entwurfs 1925.)

§ 4: wie § 3 des Entwurfs 1925.

[297] Zum Vorentwurf vgl. die Zusamenstellung der gutachtlichen Äußerungen über den Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, gefertigt vom Reichsjustizamt, Berlin 1911, S. 3 u. 4, und die dort angegebene weitere Literatur. Vgl. ferner: Kritische Bemerkungen zum Allgemeinen Teil des StGB.-Entwurfes 1919 von Gerland, Tübingen 1921, S. 4; ders., Der Entwurf 1925, Allg. Teil. Bln. u. Lpz. 1925, S. 20; ferner Aschrott u. Kohlrausch, Ref. d. Strafrechts, Bln. u. Lpz. 1926, S. 35 ff. (Mendelssohn-Bartholdy, Das Strafgesetz.)

e) Zusammenfassendes Ergebnis des IV. Abschnittes.

Rückschauend ist als Ergebnis der vorstehenden Zusammenstellung, die in keiner Weise Anspruch auf Vollständigkeit erheben kann und darf, weil sie sonst den Rahmen und das gesteckte Ziel der Arbeit überschreitet, festzuhalten: Die Lösung des Problems der Rückwirkung der Strafgesetze ist weltanschaulich gebunden. Infolgedessen konnten im 19. und 20. Jahrhundert bis zur nationalsozialistischen Revolution Gesetzgebung und Literatur nur zu einer nahezu einhelligen Ablehnung rückwirkender Strafgesetze kommen, soweit diese strenger sind als im Zeitpunkt der Begehung der Tat, weil sonst die Freiheitsrechte des Individuums und die Rechtssicherheit auf das äußerste gefährdet werden. Zu einer wirklichen Erschütterung dieser Lehre konnten auch Träger und Binding (und andere) nicht den Anstoß geben, weil auch sie weltanschaulich auf dem Boden der herrschenden Lehre stehen. Als politische Forderung, zu der namentlich im 20. Jahrhundert mit dem Satz nulla poena sine lege auch das Verbot rückwirkender Gesetze geworden ist, hatte es schließlich in die Weimarer Verfassung, Art. 116, als ein Grundrecht des Bürgers Eingang gefunden.

V. Abschnitt: Die Lösung der Frage im nationalsozialistischen Staat.

A. Die Meinungsäußerungen im Schrifttum und die neue Gesetzgebung.

Eine Weltanschauung, die nicht mehr den Einzelnen, sondern die Gemeinschaft zum Ausgangspunkt allen Denkens und Handelns nimmt, die nicht mehr den Schutz der Interessen des Individuums und dessen Freiheit, sondern das Wohl und Wehe der Volksgesamtheit als obersten Grundsatz anerkennt, muß notwendigerweise mit der überkommenen Auffassung des Problems brechen. Die Frage ist dabei nur, ob mit der Ablehnung der Begründung der liberalistischen Weltanschauung gleichzeitig die Forderung nach rückwirkender Anwendung der neuen Strafgesetze erhoben werden muß, oder ob nicht trotzdem aus Zweckmäßigkeits- und Gerechtigkeitserwägungen heraus auch weiterhin dann von rückwirkenden Ge-

setzen abgesehen werden kann, wenn es gleichzeitig das Staatsinteresse, d. h. das Interesse der Allgemeinheit gestattet. Doch darüber Näheres im Rahmen der Darstellung des Standpunktes der amtlichen Strafrechtskommission. —

Diese Grundanschauung des neuen Staates fand erstmals Ausdruck in dem Erlaß des eingangs der Arbeit erwähnten Gesetzes vom 29. März 1933 (RGBl. I, S. 151), dem später das Gesetz vom 24. Juni 1936 (RGBl. I, S. 493) folgte [298]. Nicolai [299] begrüßte das erstere als eine juristische Tat. Es entspreche dem deutschen Volksempfinden und den tatsächlichen Bedürfnissen der Erhaltung unseres Volkstums und des neuen Staates. Ein Unrecht ermesse sich nach »deutschrechtlicher Auffassung nicht daran, ob ein Gesetz eine Tat für unrecht erklärt, sondern, ob die Tat den ewigen sittlichen Rechtsgrundsätzen widerspricht; folgerichtig ist es danach möglich, eine Strafe auch dann auszusprechen, wenn die Gesetzgebungsmaschine offenkundig versagt hat« [300].

Die eingehendste Rechtfertigung der Rückwirkung des Gesetzes vom 29. März 1933 versucht Sack, der Verteidiger van der Lubbes im großen Reichstagsbrandprozeß [301]. Es frage sich, ob der Grundsatz nulla poena sine lege das ganze Rechtssystem so beherrsche, daß sich mit dem Begriff jeder Strafe notwendig der Gedanke an die bereits bestehende gesetzliche Grundlage verbinde, und ob ein Gesetz, das dem nicht Rechnung trage, eine begriffliche Unmöglichkeit darstelle. Die Festsetzung der rückwirkenden Kraft in der lex van der Lubbe sei deshalb keine begriffliche Unmöglichkit, weil hier nicht eine Strafe für eine bisher nicht unter Strafe fallende Handlung neu festgesetzt, sondern nur die Art und Höhe der Strafe für die Verwirklichung eines bereits im Gesetz festgelegten Tatbestandes verändert werde. Die Rechtfertigung ergebe sich ferner aus der Notwehrlage des Staates. Auch mit dem Gedanken der General-

[298] Neuerdings noch das Gesetz v. 23. Juni 1938 (RGBl. I, S. 180).

[299] JW. 1933, S. 2315 f.

[300] Nicolai, JW. 1936, S. 207. Recht merkwürdig Mannhardt, JW. 1933, S. 2636, der vom Standpunkt der absoluten Theorien ausgeht. Diese Theorien gestatten es dem Staat, seiner »Würde und Ehre« entsprechend, gewisse Handlungen zu bestrafen. Er sieht hierin zugleich das Maß für den Erlaß rückwirkender Strafgesetze: Diese sollen nur zulässig sein, wo schwere Angriffe gegen die Würde und Ehre des Staates vorliegen. Peters, JW. 1933, S. 1564 begründet die Rückwirkung damit, daß den Täter die gerechte, d. h. die dem Rechtsgefühl, der Rechtsgemeinschaft, entsprechende Strafe treffen soll.

[301] Sack, Der Reichstagsbrand-Prozeß. Berlin 1934. S. 101/107.

prävention stehe die lex van der Lubbe nicht in Widerspruch (S. 107), wenn man eine weitgehende Auslegung des Begriffs der Generalprävention vornehme. Man müsse nämlich deren Grenzen weiter ziehen und annehmen, daß dem Gedanken der Generalprävention für die Vergangenheit sowohl wie für die Zukunft auch dann Rechnung getragen werde, wenn der verbrecherisch Gesinnte sich davor fürchte, jetzt irgendein Verbrechen zu begehen.

B. Die Vorschläge der Denkschrift des Preußischen Justizministers und der amtlichen Strafrechtskommission. Abschließende Bemerkungen.

Alle bisherigen Begründungen sind lediglich zur Rechtfertigung der Rückwirkung einzelner Strafgesetze gedacht und noch nicht zur Begründung eines neuen Systems ausreichend. Immerhin genügten sie, um bereits die Denkschrift des Preußischen Justizministers Kerrl, streng den nationalsozialistischen Grundsätzen folgend, zu veranlassen, für ein neues nationalsozialistisches Strafgesetzbuch die Rückwirkung der neuen strengeren Gesetze zu fordern. Andrerseits wird auch hier grundsätzlich an der Anwendung des milderen Gesetzes festgehalten [302]. Eine ganz ähnliche Begründung, wie die Denkschrift, gibt auch H. Mayer [303], der rückwirkende Gesetze da fordert, wo sie notwendig und gerecht sind. Fasse man nämlich das Verbrechen als Verletzung der völkischen Sittenordnung auf, so liege in den rückwirkenden Strafgesetzen dann keine Ungerechtigkeit, wenn der Gesetzgeber nur für strafbar erkläre, was schon strafwürdig sei. Die Frage ist hierbei nur, wie man die vorherige Strafwürdigkeit feststellen kann, ein Problem, das schon bei früheren Begründungen (Reinhold Schmid, Binding) aufgetaucht ist und auch dort zu Zweifeln Anlaß gegeben hat.

---

[302] Berlin 1933, S. 127:
»Neue Strafvorschriften, die zur Zeit der Begehung der Tat noch nicht galten, sind zu ungunsten des Täters anzuwenden, wenn die Tat bereits zu jener Zeit nach allgemeiner Überzeugung strafwürdig und sittlich verwerflich war oder bereits die neu bestimmte Strafe verdient hätte.«
Vgl. auch Siegert, Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, Tübingen 1934, S. 23.

[303] a. a. O. S. 115.

Gewisse Bedenken werden übrigens auch von der amtlichen Strafrechtskommission [304] geteilt, die mit Recht darauf hinweist — was schon Träger als grundlegend hervorhob — daß nämlich die Frage der Rückwirkung in zwei Unterfragen zerfällt:

1. die Frage der Rückwirkung der Verbotsnorm [305] und
2. die Frage der Rückwirkung der Strafdrohung [306].

Zur Frage 1 macht die Strafrechtskommission geltend, daß bei konsequenter Durchführung der Forderung der Denkschrift (— und auch derjenigen Mayers —) alle vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes begangenen, unter den neuen Tatbestand fallenden Handlungen rückwirkend bis zur Verjährung erfaßt werden müßten, falls die Handlung zur Zeit ihrer Begehung nach allgemeiner Überzeugung strafwürdig war. Mit Recht weist die Kommission darauf hin, daß der Richter dann in jedem einzelnen Fall die Feststellung treffen müßte, wann während des Zeitraumes zwischen dem Eintritt der Verjährung und dem Inkrafttreten eine solche allgemeine Überzeugung bestanden habe, was nicht nur zu einer großen Rechtsunsicherheit führen, sondern auch zu einer Fülle von Denunziationen Anlaß geben würde. Für die Aufnahme einer solchen Bestimmung besteht auch keinerlei Bedürfnis, so daß m. E. insoweit auch weiterhin an dem Verbot rückwirkender Gesetze festzuhalten ist.

Aber auch die Anordnung der allgemeinen Rückwirkung einer neu eingeführten Strafschärfung hält die Kommission nicht für empfehlenswert. Auch das m. E. mit Recht. Denn »hier ist die Feststellung, ob wirklich eine allgemeine Überzeugung über das Maß der Strafe zu einem bestimmten Zeitpunkt gegeben war, noch viel schwieriger, als die Feststellung, ob die allgemeine Auffassung eine Bestrafung der Tat forderte. Denn die Volksanschauung macht sich wohl Gedanken darüber, ob eine Tat strafwürdig ist, nicht aber darüber, welches Strafmaß anzuwenden sei; vielmehr muß es dem Gesetzgeber überlassen werden, eine Strafe anzuordnen, wenn er

---

[304] Schäfer, Nullum crimen sine poena. (Das Recht als Grundlage der Bestrafung: Zeitliche Geltung der Strafgesetze) in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Allg. Teil, S. 200 ff. Zur Rückwirkung vgl. bes. S. 206 ff.

[305] d. h. ob ein neues Gesetz, das eine bisher straflose Handlung verbietet, auch auf die vor seinem Inkrafttreten begangenen Handlungen Anwendung finden soll.

[306] d. h. ob bei Verschärfung des bisherigen Strafrahmens, diese Änderung auf vorher begangene Taten angewendet werden soll.

es im Einzelfalle für erforderlich erachtet«[307]. Zur Frage des milderen Gesetzes hat die Kommission in erster Lesung im Sinne des bisherigen Rechtes (§ 2 a. F.) Stellung genommen, weil eine nachträgliche Milderung des Strafmaßes meist einer milderen Beurteilung der Strafwürdigkeit solcher Taten entspringt und weil es vom Standpunkt der Billigkeit nicht erträglich wäre, wenn die Tat trotz des Wandels der Anschauungen nach dem zur Zeit der Tat geltenden Gesetz bestraft werden müßte[308]. Diesen Standpunkt hat die Kommission in 2. Lesung aufgegeben. Die Rückwirkung des milderen Gesetzes soll nicht mehr zwingend vorgeschrieben, sondern die Anwendung des milderen Gesetzes in das Ermessen des Gerichtes gestellt werden. Maßgebend war dabei für die Kommission die Erwägung, daß auch bei nachträglicher Milderung des Gesetzes die Tatsache bestehen bleibe, daß der Täter sich gegen den damals bestehenden Gesetzesbefehl aufgelehnt hat; ihm gleichwohl einen Anspruch auf Anwendung des milderen Gesetzes einzuräumen, gehe um so weniger an, als die Milderung nicht auf einer Änderung der sittlichen Grundlagen des Gesetzes zu beruhen brauche, sondern auf reine Zweckmäßigkeitserwägungen zurückzuführen sein könne[309]. Zu diesem Standpunkt muß man naturnotwendig bei konsequenter Durchführung des Willensstrafrechts kommen.

Diese Vorschläge der amtlichen Strafrechtskommission haben inzwischen durch die Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935 ihren gesetzlichen Niederschlag im geltenden Strafgesetzbuch (§ 2a) gefunden[310], nachdem bereits durch das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besse-

[307] Vielleicht empfiehlt es sich, insoweit den Vorschlag Försters, Diss. a. a. O. S. 42 zu verwirklichen: Auf eine Straftat ist das Gesetz zur Zeit der Begehung der Tat anzuwenden. Bei Wechsel der Gesetzgebung ist das neue Gesetz auf die noch nicht abgeurteilten Straftaten dann anwendbar, wenn deren Rückwirkung gesetzlich bestimmt ist.

[308] a. a. O. S. 209 unten. Insoweit schließt also die Kommission sich der bisherigen Begründung an.

[309] a. a. O. S. 214/215.

[310] § 2a lautet nunmehr:

Die Strafbarkeit einer Tat und die Strafe bestimmen sich nach dem Recht, das zur Zeit der Tat gilt.

Gilt zur Zeit der Entscheidung ein milderes Gesetz als zur Zeit der Tat, so kann das mildere Gesetz angewendet werden; ist die Tat zur Zeit der Entscheidung nicht mehr mit Strafe bedroht, so kann die Bestrafung unterbleiben.

rung vom 24. Nov. 1933 (RGBl. I, S. 995 ff.) der Abs. 4 des neuen § 2a wörtlich ins Strafgesetzbuch aufgenommen worden war [311].

Damit dürfte der Jahrhunderte alte Streit um die Rückwirkung oder Nichtrückwirkung des Strafgesetzes in Deutschland zu einem gewissen Abschluß gekommen sein, und zwar zu einem Abschluß, der m. E. im Ergebnis zu billigen ist. Denn das Interesse des Staates kann es erfordern, wie der Fall van der Lubbe beweist, daß der Staat zielbewußt und rasch zupacken muß und dann eben keine andere Möglichkeit hat, als durch Erlaß rückwirkender Gesetze den Zustand der Gefahr zu beseitigen. Andrerseits muß aber auch heute an dem grundsätzlichen Verbot rückwirkender Gesetze festgehalten werden, wie die amtliche Strafrechtskommission mit zutreffender Begründung ausführt.

Ein Gesetz, das nur für eine bestimmte Zeit erlassen ist, ist auf die während seiner Geltung begangenen Straftaten auch dann anzuwenden, wenn es außer Kraft getreten ist.

Über Maßregeln der Sicherung und Besserung ist nach dem Gesetz zu entscheiden, das zur Zeit der Entscheidung gilt.

[311] In diesem Zusammenhang sei ein Blick auf das Strafgesetzbuch des faschistischen Italien geworfen (StGB. v. 19. Okt. 1930, in deutscher Übersetzung von K. Bunge, Berlin u. Leipzig 1933):

Art. I: Niemand kann wegen einer Tat, die nicht ausdrücklich durch das Gesetz als strafbare Handlung vorgesehen ist, bestraft, noch mit Strafen belegt werden, die nicht vom Gesetz festgelegt sind.

Art. II: Niemand kann wegen einer Tat bestraft werden, die nach dem zur Zeit der Begehung geltenden Gesetz keine strafbare Handlung darstellt.

Niemand kann wegen einer Tat bestraft werden, die nach einem späteren Gesetz keine strafbare Handlung darstellt; ist bereits Verurteilung erfolgt, entfallen die Vollstreckung und die Wirkungen der Strafe. Weichen das zur Zeit der Begehung der strafbaren Handlung geltende Gesetz und die späteren Gesetze voneinander ab, so kommt dasjenige zur Anwendung, dessen Bestimmungen für den Täter am günstigsten sind, außer wenn ein rechtskräftig gewordenes Urteil vorliegt.

Bei Ausnahmegesetzen oder nur auf Zeit geltenden Gesetzen kommen die Bestimmungen der vorstehenden Absätze nicht zur Anwendung.

Die Bestimmungen dieses Artikels finden auch in den Fällen des Wegfalls und des Unterbleibens der Verlautbarung eines Gesetzesdekrets und im Falle von Änderungen bei Umwandlung eines Gesetzesdekrets in ein Gesetz Anwendung.

Damit bin ich am Ende der Darlegungen angekommen, wie sie zu Beginn der Arbeit begrenzt wurden. Ihr Zweck war lediglich die Darstellung der Entstehungsgeschichte der Frage des rückwirkenden Strafgesetzes und die Aufzeichnung und Zusammenstellung der in Wissenschaft und Gesetzgebung vertretenen Meinungen. Eine eingehende Auseinandersetzung mit den einzelnen Theorien ist dabei bewußt vermieden worden, da sonst der Rahmen einer Dissertation bei weitem überschritten worden wäre und außerdem über die Frage selbst bereits außerordentlich viel geschrieben worden ist, es aber andrerseits an einer eingehenden geschichtlichen Darstellung bisher fehlt. Gerade geschichtliche Untersuchungen sind aber für die Klärung strafrechtlicher Grundfragen unumgänglich notwendig.

Lebenslauf.

Am 27. April 1913 wurde ich zu Darmstadt als Sohn des derzeitigen Reichsbahnobersekretärs Joh. Phil. Nazarenus und seiner Ehefrau Sophie, geb. Treusch geboren. Von Ostern 1919 bis Ostern 1923 besuchte ich die Volksschule in Darmstadt, Büdingen (Oberhessen) und Frankfurt am Main. Ostern 1923 wurde ich in die Sachsenhäuser Oberrealschule in Frankfurt am Main aufgenommen und bestand an der gleichen Schule Ostern 1932 die Reifeprüfung. Ab Sommersemester 1932 studierte ich an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main Rechtswissenschaft. Am 24. Juli 1936 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Frankfurt am Main die erste juristische Staatsprüfung. Seit 1. Dezember 1936 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst, zur Zeit in dem Ausbildungsabschnitt beim Rechtsanwalt.